

続 刑事訴訟法における証人（西独）

山 口 林 之 助

目 次

- VII 職業上の秘密の保護（第53条）
- VIII 公の勤務に在る者の尋問（第54条）
- IX 刑事訴追のおそれある場合の供述拒否（第55条）
- X 証言拒否理由の疎明（第56条）
- XI 第57条乃至第71条の序
- XII 戒告および宣誓の意義の教示（第57条）
- XIII 個別的尋問および対質（第58条）
- XIV 証人宣誓（第59条）
- XV 宣誓禁止（無宣誓）（第60条）
- XVI 裁量による無宣誓（第61条）
- XVII 違警罪および私人起訴事件における宣誓（第62条）
- XVIII 宣誓の拒否（第63条）
- XIX 無宣誓理由の調書記載（第64条）
- XX 準備手続における宣誓（第65条）
- XXI 予審における宣誓（第66条）
- XXII 調書記載（第66条 a）
- XXIII 受命・受託裁判官の尋問の際の宣誓（第66条 b）
- XXIV 宣誓の方式（第66条 c）
- XXV 啞者の宣誓（第66条 d）
- XXVI 宣誓に代る誓約方式（第66条 e）
- XXVII 反復された尋問一前に為した宣誓の援用（第67条）
- XXVIII 人定尋問（第68条）
- XXIX 不名誉となるべき質問（第68条 a）
- XXX 尋問事項（第69条）
- XXXI 証言または宣誓の拒否に対する強制手段（第70条）
- XXXII 証人の費用（日当の請求）（第71条）

III 職業上の秘密の保護（第53条）

- (1) Zur Verweigerung des Zeugnisses sind ferner berechtigt :
 - 1. Geistliche über des, was ihnen bei Ausübung der Seelsorger anvertraut ist ;
 - 2. Verteidiger des Beschuldigten über das, was ihnen in dieser Eigenschaft anvertraut ist ;
 - 3. Rechtsanwälte und Ärzte über das, was ihnen bei Ausübung ihres Berufs anvertraut ist ;
 - 4. Redakteure, Verleger und Drucker einer periodischen Druckschrift sowie die

bei der technischen Herstellung der Druckschrift beschäftigten Personen über die Person des Verfassers oder Einsenders einer Veröffentlichung strafbaren Inhalts, wenn ein Redakteur der Druckschrift wegen dieser Veröffentlichung bestraft ist oder seiner Bestrafung kein rechtliches Hindernis entgegensteht.

- (2) Die unter Nr. 2 und 3 bezeichneten Personen dürfen das Zeugnis nicht verweigern, wenn sie von der Verpflichtung zur Verschwiegenheit entbinden sind.

A. I. 編集の秘密に関する第53条第4号は、1926年12月27日の新法 (RGB/ I S.529) により挿入された⁽¹⁾。

B. I. 第53条所定の証言禁止は、各号について顧慮される秘密所有者（たとえば弁護士、医師の患者）の個人的秘密の範囲の保護価値の思想に基づくというより、むしろ、ここに挙げられた職業所有者とその援助を信頼して利用せざるを得ない人々との間の信頼関係に基づくものである。第53条はこの信頼関係の高度の社会的評価を立証するのであって、それゆえに、おそらく法は決定的に重要な証言と表示の可能性を司法の領域において放棄するのであろう。

II 1) 第52条の証言拒否権と比較して、第53条に与えられたそれは「制限的」なものである。ただし、第53条所定の証人は直ちに黙秘することができのではなく、ただ限られた知識に関してのみ証言の拒否が許されるからである。第1号乃至第3号によれば、彼らに「打ち明けられた」事実に関し、第4号によれば、さらに狭く、罪となるべき内容の公刊の著作者または投稿者の何人たるかに関する。

2) a) 第1号乃至第3号に記載された者の証言拒否権は、彼らの職業上の黙秘義務と最も緊密な内的関係に立つ。黙秘義務の及ぶ限りにおいて証言拒否権が認められる。

当該宗教社会の権利から実体法上生ずる聖職者の黙秘義務は、刑法上保護を受けない。ただし、刑法、第353条bは「公務員」が行為者たることを前提としており、まさにそのゆえに、聖職者に関係を有しないからである⁽²⁾。

b) 上記a) に述べられたことは「うち明けられた」ということの標識の概念にとり決定的である。それは聖職者、弁護士、弁護士が秘密保持者のために、これとの間に生じた職業上の関係が秘密を知り得る機会となったことを前提とする。秘密が職業所有者に対して、（明示的または事情から推定された）黙秘の負担と共に告げられたことは問題でない。職業所有者に職業的要請が生じたことにより、職業所有者にとりそれを知る機会となった事実もまた古来「打ち明けられた」ものと見なされて来た。ゆえに、秘密保持者自身は知らないが、職業的観察可能が職業所有者の知識により推定する事実もまた「打ち明けられた」ものと見なされる（たとえば、医師が患者に秘密にしておく癌の痛み）。「打ち明けられた」という標識についてのかかる見解は刑法第300条の極めて狭い表現に対して貫徹され、そして、ライヒ医師法第13号第1項の広い表現により確認される。それは直ちに刑事訴訟法第53条第1号乃至第3号に対し適用することが許される⁽³⁾。

c) 第1号乃至第3号の職業従事者に「打ち明けられた」事柄は、被疑者の秘密範囲に属することを要しない。第1号乃至第3号に記載された者がその職務を行う際に知る事柄は、その証言拒否権に属し、もちろん黙秘義務にも関係する⁽⁴⁾。

d) さらに、証言拒否権は秘密保持に利害関係を有する者が死亡したときも、職業関係

が止んだときも、または、職業従事者が職業から退いたときも（聖職者が隠退する；医師が営業を止める）存在する⁽⁵⁾。

c. 証言拒否権者の個別的範疇

I. 第1号の意味における聖職者は、国家により承認された宗教団体の宗教奉仕者である。ゆえに、決して「すべての信条および宗派の聖職者」ではない⁽⁶⁾。第53条第1号が与える公法的優位⁽⁷⁾は、聖職者の概念に対して相応する境界の設定を必要とする。ボン憲法第140条はワイマール憲法第137条を現行連邦憲法に付加したので、公法上の法人とみなされる宗教団体のみとその宗教奉仕者に対して「聖職者」としての特質を要請することができるであろう⁽⁸⁾。

1) 聖職者の証言拒否権は、秘密保持者が聖職者を黙秘義務から解放する場合にも存在する。ゆえに、牧職の黙秘に対する宗教法人の利害のみが基準となる。そのことは1933年7月20の政教条約第9条により、カトリック聖職者に対し、二義をいれず明らかであろう、同時に、福音主義の聖職者にも妥当する⁽⁹⁾。

2) 「司牧」はカトリックの聖職者にとっても告解のみに止まらず全精神的保護を意味する。聖職者が、その精神的保護を行うに際し、彼に自己の心中を打ち明ける者にとり場所的に担当牧師であるか否かは重要でない⁽¹⁰⁾。

3) 証言拒否権を行使するか否かは、聖職者のみがこれを決定する。宗教法人が彼に課した黙秘義務に違反して証言を行うときは、訴訟法上裁判所により採用されそして利用されるべき証言が生ずる。被疑者および検察官は証言拒否権の行使を要請することはできない。ゆえに、彼らの訴訟上の利益に反してなされた証言により訴訟法違反の損害を与えられた、ということはいえぬ。

II. 「弁護人」は刑事訴訟法第138条第1項、第2項、第142条第2項により、弁護人として選任され、または、任命された者であって、これらの者が実際に弁護を行ったかどうかは重要でない。第2号の「被疑者の」という用語は誤解を招く。けだし、証人が、弁護人としての資格において証言拒否権をもつために、彼を尋問する手続の対象たるまさにその被疑者に対し弁護人関係に立つということは意味がないからである。ゆえに、Aに対する手続において弁護人Vは、Bに向けられた終了（および未了）の手続において、Bが彼に弁護人として打ち明けた事柄について証言を拒否することができる、と解すべきである。

III. 「弁護士」：弁護士として承認され弁護士名簿に登録された者のみがこれに属し法律顧問、（裁判）補佐人、訴訟代理人はこれに属さない。特許弁理士、公認会計士、税務顧問および公証人も現行法上証言拒否権を有しない。証言拒否権は弁護士の職務（必ずしも同時に行使された公証人の職務においてでなく）において打ち明けられた一切のことを含む。打ち明ける者が被疑者として請求された者、または、その他訴訟依頼人であるかどうかは問題でない。弁護士の代理人は弁護士と同視されるが弁護士の事務所のスタッフはそうでない⁽¹¹⁾。弁護士試補には（試補の職務において）証言拒否権が属する⁽¹²⁾。

IV. 1) 「医師」とは現行の医師の国家試験により、医師の免許を取得した者をいう。1935年のライヒ医師法がもはやこれに適用されない限り、相応する邦法の規定が基準となる⁽¹³⁾。歯科医、薬剤師、助産婦、看護人および医療補助者には実体法上黙秘権があるが⁽¹⁴⁾、証言拒否権は存在しない。無免許医師、自然治療師およびもぐり医師はいよいよもってこれを有しない⁽¹⁵⁾。

2) 訴訟手続において裁判所の依頼により活動した医師には、その際なされた観察および経験に関しては黙秘権も証言拒否権も存在しない。ここでは、依頼通りに行動する医師と、かかる医師により調査され、その他かかる医師の措置（たとえば採血）の対象となる者との間に信頼関係が欠けている⁽¹⁶⁾。しかし、そのような機会に、委任通りに行われる医師の行動と並んで、医師と診断を受ける者との間に黙秘義務と証言拒否権とを伴う純粹の医師関係が発生し得ることは顧慮されるべきである⁽¹⁷⁾。

V. 1) 何人が定期印刷物の「編集人」、「出版人」、「印刷人」と見なされるか、そして、何がそのような出版物と解されるべきかは出版法による。それによれば、編集人とは、出版法第20条の意味における「責任ある」編集人であることなしに、単独または共同で、印刷物に何を収録するかを決定する者である⁽¹⁸⁾。出版人とは、たとえ他人の計算のためにするものであろうと、自己の名において印刷物の複製および頒布を引き受ける者である⁽¹⁹⁾。印刷者は複製がなされる設備の所有者である⁽²⁰⁾。定期印刷物は、出版法第8条によれば、月またはそれより短い期間に出版される「新聞」および「定期刊行物」である。

2) 証言拒否権は、罪となるべき内容の出版物の著作人または寄稿者に、すなわち、出版された原本を少なくとも部分的に著作した者（編集上の変更または修正は、著作人の著作たることに何らの変更も生ぜしめない）、または、他人の著作した原本（たとえ編集上修正されたとしても）に寄稿した者に限定される。何人かが、たんに、「出資保証人」として報導を伝達した場合、かかる報導そのものが記事を成したとしても、彼は著作人でも寄稿者でもないから、証言拒否権は彼の身分とは関係がない。しかし、この問題は甚だ争われている⁽²¹⁾。

3) 証言拒否権は、訴訟法上、次の事実依存する。

a) 編集人が出版のかどで、しかも、事実上の、または、出版法上推定された正犯の視点の下に、すなわちたんに出版法第21条の過失の視点からのみでなく、処罰を受ける⁽²²⁾。

b) その法上の処罰に障害が存しないときである⁽²³⁾。処罰が法的根拠（たとえば不在というような、たんに事実上の理由からでなく）から不能であるときは、証言義務が存在する⁽²⁴⁾。たとえば、編集人は議員としては訴追を受けない。または、ドイツの裁判権は彼に及ばない。精神病は刑法第51条により、判決に対し、責任要件としての帰責能力を阻却する法的障害となる（争われている）。

D. 実体法上の黙秘義務と訴訟法上の証言拒否権との関係は、第2号および第3号に記載された弁護人、弁護士および医師にとり、刑法第300条およびライヒ医師法第13条を顧慮して厳密な検討を必要とする⁽²⁵⁾。

I. 弁護人、弁護士および医師が訴訟手続において証人として為す証言は、二重の機能を有する。訴訟手続内においては、それは、すべての証人の証言と同様に事態の再現に際し裁判所を援助することを意味する。しかし、証言が刑法第300条、ライヒ医師法第13条により黙秘義務に属する事実に関するときは、それは社会的生活利益の領域において、刑法第300条およびライヒ医師法第13条により保護される法益にかかることによって、「秘密の開示」として訴訟手続の領域を超えて機能する。さて、訴訟法上の証言拒否権の承認は、立法者が証人証言の制度を、ここに記載された人々に関し、刑法第300条、ライヒ医師法第13条において保護された法益の能う限りの保護と調整しようとすることを示すもので

ある。

Ⅱ. そのことは、刑事訴訟法が秘密の開示に導く証人証言を、なるほど禁止はしないが、弁護人、弁護士および医師そのものに証言の諾否を委せることによって達せられる。身分倫理的に強く拘束された職業領域に属するこれらの証人は—これが彼らに訴訟法上与えられた証言拒否権の意味である—証言が実体法上の黙秘義務と一致するか否か、すなわち、証言が秘密開示として実体法的に適法化されるか否かを最もよく知っている。

結 果：

1) 証人の証言として行われる、刑法第330条、ライヒ医師法第13条の意味における構成要件該当の秘密開示は、それが証人証言として手続の目的に適合するという理由のみによって適法化されるのではない。むしろ、適法化はライヒ医師法第13条の視点により可能でなければならない。その際、証言の目的（重大な事件の解明に際しての協働）は、ライヒ医師法によって要求される法益考量の領域において重要であり得よう⁽²⁶⁾。

2) 証人の役割を担う弁護人、弁護士および医師の行為は—黙秘義務からの解放が絶対的な証言義務を喚起しない限り—裁判所側から完全に干渉を受けない自己決定に基づくもののみが合訴訟法的である。刑事訴訟法第53条が第52条に反し、証人に対し証言拒否権について教示する義務について何ら言及しないのは甚だ注目すべきことである。それは、第53条に記載された人々、殊に弁護人、弁護士および医師にとっては十分に意味あることである。けだし、これらの者にとっては秘密開示の実体法的権利が、彼らの断固たる証言のための要件であるが、実体法上の権利は全く強力に職業倫理的に拘束された評価に依存するので、本来かかる職業倫理的評価と経験に不案内な裁判所が、職業倫理的に拘束された証人の供述不供述に関する決定に容喙すべきでないからである。ゆえに、証人の証言拒否事件における証人に対するすべての教示は、証人が単独で自己の義務に応じた裁量により行為すべきこと以上のことを意味する限り手続法上違法であり、しかも、教示が黙秘せねばならないか供述してよいかについて、正しい情報を与えたか不正な情報を与えたかは全く問題にならない。証人の決定が何らかの方法で裁判所の教示の影響の下に立つときは、その決定はもはや訴訟に相応するものではない。証人は黙秘するかまたは供述するか、であるが自己の訴訟上の立場のために反対の行動をとろうとする者は、訴訟法違反の不利を被る。

E. 刑事訴訟法第53条の全範囲にわたり（第52条、第55条第2項におけると異なり）裁判所の教示義務は存在しない、ということは絶対的に確定している⁽²⁷⁾。これは同時に教示権限の排除を意味する。

F. 第53条の証人がその証言拒否権を行使しないときは、完全な真実を供述しなければならず、そして、その供述を原則として宣誓により確証しなければならない。

G. Ⅰ. 黙秘義務からの解放は、第1号におよび第4号に記載された証人にとっては、何ら訴訟法的意義を有しない。第2号におよび第3号に記載された証人においては、供述義務を全範囲にわたり喚起する。このことは、医師が黙秘義務から解放された結果、止むを得ない医術的理由から秘密保持者に対し秘密にして置くべき一切の動機を有する事情につき（遺憾ながら）証人として証言しなければならない場合にも適用される（癌の痛み）、被告人自身が秘密保持者であるときは、それによって生ずる矛盾は、刑事訴訟法第247条によるのではなく、ただ裁判長の聡明な機転によって解決すべきである。—解放宣言は取り

消すことができる。取消は医師の絶対的な証言義務の解消を生じ、その結果医師はなお問題になるその後の証言に関し、これを行うか否かを自己の裁量によって決定することができる⁽²⁹⁾。

Ⅱ．何人が訴訟法上有効に黙秘義務から解放することができるのか？証人の証言により開示されるべき秘密が、証人には知らない秘密領域に帰するような秘密領域の所有者、すなわち、秘密の開示を権限ある秘密開示とすることの法的に可能な人がそれである。ただし、第2項の意味によれば、証言拒否権が消滅するのは、黙秘義務からの解放の場合に、刑法第300条、ライヒ医師法第13条により保護された法益の侵害が実体法上もはや問題にならず、その結果秘密保持の利益の保護に関する顧慮が、もはや何らの役割をも果たさないという理由による場合にのみ、および、その限りにおいてのみであることはもちろんのことだからである。「打ち明けた者」または「伝達した者」が解放の権限を有する、と為す通説⁽³⁰⁾は誤りである。それは、伝達した者、または、証人に秘密を打ち明けそして彼の知覚を可能にした者以外の者であり得る。後の場合には、すべての者が証人を黙秘義務から解放し得る場合にのみ訴訟的にも実体的にも有効な解放が存在する⁽³¹⁾。

Ⅲ 公の勤務に在る者の尋問 (第54条)

- (1) Für die Vernehmung von Richtern, Beamten und anderen Personen des öffentlichen Dienstes als Zeugen über Umstände, auf die sich ihre Pflicht zur Amtsverschwiegenheit bezieht, und für die Genehmigung zur Aussage gelten die besonderen beamtenrechtlichen Vorschriften.
- (2) Für die Mitglieder der Bundes-oder Landesregierung gelten die für sie maßgebenden besonderen Vorschriften.
- (3) Der Bundespräsident kann das Zeugnis verweigern, wenn die Ablegung des Zeugnisses dem Wohl des Bundes oder eines deutschen Landes Nachteile bereiten würde.
- (4) Diese Vorschriften auch, wenn die vorgenannten Personen nicht mehr im öffentlichen Dienst sind, soweit es sich am Tatsachen handelt, die sich während ihrer Dienstzeit ereignet haben oder ihnen während ihrer Dienstzeit zur Kenntnis gelangt sind.

A. 公の勤務に在る者

Ⅰ．1) 「官吏およびその他公の勤務に在る者」と並んで、裁判官が挙示されているのは注目に価するが、正当である。それは基本法第98条第1項、第3項に照応する⁽¹⁾。

2) 官吏とは任命されて官吏関係には入った者、しかも、連邦国家、邦、市町村連合または他国家の監督に服する法人、公法上の営造物に対し公法上の勤務関係および忠実関係に立つ者である。官吏関係は辞令の交付により基礎づけられる。辞令には「unter Berufung in das Beamtenverhältnis」という言葉が含まれる⁽²⁾。

3) しかし、第54条は VereinhGes により与えられた用語において官吏を「公の勤務に在る者」と同視する。いかなる範囲の人がそれによって把捉されるかは、一義的には決定し難い。官庁において、使用人または勤労者として機械的・従属的勤務に従事することを要し、その活動が官庁の職務行為と関係がない者は、ここに意味される範囲に属さない。

彼にあっては、「公の勤務」が問題にならない。個人と国家またはその他の公法上の団体との間の私法的義務に基づき、特定の職務遂行において尽きることなく忠順義務を課する、すなわち、個人を顧慮される職務機能（必ずしも主権の行使という意味でなく広義の）の負担者とする関係が発生する場合にのみそのような（公の勤務）が問題となる⁽³⁾。

4) 第53条第1号を顧慮すれば、聖職者は第54条には属さない⁽⁴⁾。

5) 裁判官：職業裁判官のみならず、参審員、陪審員、行政裁判所の裁判官もこれに属する。会議室（裁判所の）そのものからは証言拒否権も原則的尋問禁止も生じない⁽⁵⁾。第54条からは、ただ裁判官ならびに官吏および公の勤務に在る者に対してのみ証言拒否権が生ずる。

Ⅱ. 職務上の黙秘に属する事情についてはⅠに記載された人々は、本属長官の承認を受けてのみ供述することができる⁽⁶⁾。

1) 黙秘義務の及ぶ範囲については、結局、本属長官が証人および裁判所に対する拘束的効力をもって決定する⁽⁷⁾。職務上の黙秘義務により禁ぜられた供述を証人が為すべき可否かは、裁判所の側における教示が問題となることなしに先ず自ら決定しなければならないであろう。証人にこの種の義務を指示することも裁判所の仕事ではない。しかし、証人の側に疑問が生じ、または、裁判所自身が疑いをもつときは、上級官職の承認を得なければならない。承認が拒否されるときは（その際、ドイツ官吏法第9条第1項の意味において、評価が正当であるか失当であるかにかかわらず）、官庁の決定が抗告の方法により除去され、そして、承認に替えられない限り尋問は禁じられる。

2) 承認は尋問の及ぶべき問題を指示して、尋問を行う官職者により取得されるべきである⁽⁸⁾。

3) 承認は、承認を与える官職者の裁量により、供述の範囲を限定して与えることもできる⁽⁹⁾。

4) 証人が官吏法の規定により、したがってまた刑事訴訟法第54条第1項により要求される承認なしに尋問を受けたときは、如何なる意味を有するかは疑問である。たしかに、第54条第1項によれば、公務の範囲における経過について黙秘することに対する国家の実体的利益は顧慮されるべきである。しかし、証言禁止は訴訟法的意味を有し、証言禁止に反して為された証人尋問は訴訟手続上違反の処分である。すべての訴訟関係人は訴訟手続に適った判決を請求する権利を有する。そのことはライヒ裁判所自身が表明した⁽¹⁰⁾。他の如何なる原則も適用することを得ない。ゆえに、第54条第1項違反が、ライヒ裁判所が恒常的に主張するように⁽¹¹⁾、「被告人の防禦権を侵害することはあり得ない」ということは、何ものによっても是認できない主張である。実体的利益侵害（職務上の秘密の保護に対する国家の利益）の問題と司法形式の訴訟処理に対する訴訟法上の利益の問題とは明確に区別することを要する。訴訟関係人にとり、かの実体的利益がどうしてもよいことでありえても、訴訟法に従った手続に対する利益を常に彼は有するのである。ゆえに、承認が求められても拒否される可能性があるとき、すなわち、証言がなされない可能性があるときは、証言の結果訴訟上の立場が不利益になった訴訟関係人は手続違反により苦められることになる。そして、その点について、何故に彼に上告理由が与えられないのか理解し難い。遺憾ながら文献は全くライヒ裁判所の判決に従う。さらに、連邦裁判所⁽¹²⁾はライヒ裁判所によって定立された誤った命題—刑事訴訟法第54条は被告人の利益には役にたたな

い—を固執し、それによって、かの利益の錯誤がなされたのは遺憾である。訴訟法的規範は、すべての手続関係人を保護する。それは、手続に形態を与え恣意を防ぐ⁽¹³⁾

B. 連邦または邦政府の閣員

何人がこれに属するかは、連邦憲法および邦憲法により決定される。職務上の黙秘に関しては、BundesfassungによればDBG第159条の規定は連邦大臣には適用されない⁽¹⁴⁾。

C) 連邦大統領は、第54条第3項の要件が存在すか否かにつき自ら決定する。裁判所は理由を求めることはできない。連邦大統領には疎明の義務もない。邦大統領についても同様である⁽¹⁵⁾。

D. 第4項は、以前は大統領に対してのみ定められていた規定を、第58条に記載されているすべての者に一般化する⁽¹⁶⁾。それは官吏法上の需要に照応する。

Ⅱ 刑事訴追のおそれある場合の供述拒否 (55条)

(1) Jeder Zeuge kann die Auskunft auf solche Fragen verweigern, deren Beantwortung ihm selbst oder einem der im § 52 Abs.1 bezeichneten Angehörigen die Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung zuziehen würde.

(2) Der Zeuge ist über sein Recht zur Verweigerung der Auskunft zu belehren.

Ⅰ. 第53条が意味する「限定的」証言拒否権は、事案に対する表明が証人またはその親族の一人を刑事訴追を受ける危険に陥らしめるおそれのある場合に、供述の完全な拒否に導くことができる。証言拒否と供述拒否との区別については既に述べた⁽¹⁾。

Ⅱ. 第55条は証人に対し供述拒否を要請する。ゆえに、彼は彼の不供述を理由づける意思表示をしなければならない。第55条は決して彼にとって危険な供述点を単純に黙秘することとを是認しない⁽²⁾。ライヒ裁判所が「黙秘の効力と明示の答弁拒絶のそれとは全く異なる」と詳説しているのは正当である。ただし、純粋な黙秘は第55条の要件の下でも、刑事訴訟法第66条cの意味における「黙秘」であり、したがって偽誓の判断を受けるに至ることもあるからである⁽³⁾。

Ⅲ. 刑事訴追の危険

(1) 次の場合では足りない：

a) 懲戒法上の訴追を受ける危険⁽⁴⁾

b) 罰金手続の方法による訴追の危険⁽⁵⁾

c) 供述が証人またはその親族の一人の不名誉に導く危険、かかる関係においては、刑事訴訟法第68条aが保護を与える。

d) 財産上の不利益、職業上の困難、職業または営業上の秘密喪失の危険⁽⁶⁾。したがって、第55条の証言拒否権の意味するところは、民事訴訟法第384条のそれよりも狭い。

(2) 刑事裁判所の「訴追」の危険が存在しなければならない。ゆえに、無罪判決の可能性は第55条に矛盾しない。但し、最初から無罪判決のみが問題になる場合は別である。たとえば、刑法第247条第2項の場合の如きがそれである。刑事手続に最初から避け難い訴訟障害があるときにも、刑事訴追の危険があるとはいえない。たとえば、行為時の刑罰無能力、恩赦、特赦、大赦、免訴または時効の確実な存在、確定判決、供述により有罪となるおそれのある親族の死亡がそれである。免訴の云い渡しを受けた者、または、無罪の判

決を受けた者は、事情により、なお刑事訴追を覚悟しなければならない。それは再審の可能性が存在するからである⁽⁹⁾。

(3) 被疑者自身が親族ではるときは、証人は先ず刑法第52条を援用することができる。証人がはじめに第52条に基づく証言拒否権の放棄を決意したとしても、つぎに、被疑者とされた親族を真実の供述によって刑法上の危険におとし入れる⁽⁸⁾ことに気づいたときは、証人は放棄を取り消すか⁽⁹⁾、または、第55条によって行動するか何れでもできる⁽¹⁰⁾。

(4) 証人にとって第55条の供述拒否権が存在するか否かは、提起された質問の目的、なかんずく、当該質問により被疑者の有罪または無罪が意図されているか否かとは全く関係がない。ただし、被疑者自身が証人によって保護されるべき親族であるときは、質問の目的は供述拒否権にとり重大な意味をもつことができる⁽¹¹⁾。

(5) 「提起された質問に対する証人の肯定または否定何れの供述が真実に適合するかには、第55条に基づく供述拒否権は依存しない」というライヒ裁判⁽¹²⁾所において主張された見解は甚だ疑なきを得ない。第52条、第53条により与えられた証言拒否権に反し、第55条の供述拒否権は供述内容にまさしく決定的に依存する。けだし、拒否されないすべての供述に対し、真実義務を前提とする刑事訴訟法が、拒否の承認を供述から生ずる結果に係らしめるときは、そのような結果を招来することのできるのは、まさしく、証人の真実に即した報告であるということは自明の前提であるから。ライヒ裁判所は、証言義務に基礎づけられた真実供述義務は、証人が刑事裁判所の訴追を恐れなければならない理由となる有責資料を供述によって自分自身に与えないという証人の正当な要求に矛盾する、という論拠に立つ。事実、それが第55条の意味と目的であるとすれば、証人を少しも危くしない供述の拒否が第55条によって基礎づけられる理由を理解することができない⁽¹³⁾。

Ⅳ. 第2項は VereinHG. により付加されたもので、拒否権について証人に対する教示を現定する。教示を欠く場合に、手続違反と上告理由が見られなかった昔とは⁽¹⁴⁾、今日の事情は変った。もちろん、一定の根拠が第55条の要件を示すときにのみ教示義務が存在する、という点においてフランクフルト控訴裁判所⁽¹⁵⁾の見解は同意を得ることができるであろう。しかし、そのような根拠の可能性に注目するのが裁判所の義務である。かかる義務が誤認されて、その結果、教示がなされず、第55条の要件を欠くことが明らかにされるときは、教示の不作为はそのすべての結果と共に手続違反の行為であることを示す。上記フランクフルト控訴裁判所が、かかる場合に、上告理由を認めたのは正当である。一方、連邦裁判所⁽¹⁶⁾は、被告人は教示の不作为により「煩わされない」というのであるから反対の立場に立つ。しかし、それは一般論として失当である。

X 証言拒否理由の疎明（第56条）

Die Tatsache, auf die der Zeuge die Verweigerung des Zeugnisses in den Fällen der §§52, 53 und 55 stützt, ist auf Verlangen glaubhaft zu machen.
Es genügt die eidliche Versicherung des Zeugen.

Ⅰ. 疎明の方法として「宣誓保証」が許される。それは宣誓を行うことを意味し、宣誓に代る保証の供与を意味しない。それゆえに、部分的拒否に際して行われた供述に関して為された宣誓が、同時に拒否権を基礎づける事実に関連せしめられることができる⁽⁵⁾。

宣誓保証が十分なものである、と表示されるときは、それによって、（裁判所の裁量に

より) 疎明のその他の方法は不要というべきである。ゆえに、宣誓保証は具体的の場合に最初から疎明の唯一の手段として注目することができる(特に第55条において重要)。もちろん、証人が宣誓保証を申し出で、または、行う用意がある場合は、さらに裁判所によって、それと並んで、またはそれ以上に、疎明の他の方法が要求されることは許されない。

Ⅱ. 証言拒否の根拠となる事実が疎明されねばならない。いかなる事実がそれであるかは、第52条、第53条においては明白である。これに反し、第55条は困難を生ずる。すなわち、刑事訴追の危険、したがって、証言拒否を基礎づける事実、すなわち、犯罪実行の事実を疎明することは、第55条が逆転しない限り、これを証人に期待することはできない。ここで疎明され得べきものは、もちろん、かかる事実ではなく、質問に対する答弁と刑事訴追の危険との間の関係、したがって非常に複合的なもの、事実と価値評価からなる混合物である。この場合、質問の目的および内容から、他の事情と関連して証人にとり危険な事態が生じないかどうか、その安全性が明白でないとすれば、証人の宣誓は、「彼がその知識の限りでは、供述によって自分自身および彼が第52条に記載された種類の関係に立つ人に刑事訴追の危険を招来するであろうと思う」という内容のものであって十分でなければならない⁽²⁾。

Ⅲ. 証人は裁判所の要求によってのみ当該事情を疎明すべきで、他の訴訟主体の要求によるのではない。証人の単純な表明を信じて疎明を放棄することは、他の訴訟主体が反対するときでさえ裁判所に任される⁽³⁾。

Ⅳ. 第65条は、すべての手続段階、およびすべての訴追官庁における尋問に適用される。証人が検察局または警察署において、拒否権の承認について困難を有するときは、彼はかかる官庁に対し、供述義務を有しないことを主張し黙秘することができる。そのことは、次いで裁判官の尋問へ導くであろう。しかし、証人は裁判官に対し宣誓保証を申し出ることができる。宣誓聴取の唯一の権限者である裁判官は、この宣誓保証でもって足りるものとしなければならない。第65条、第66条は、第56条の疎明のためになされた宣誓を意味せず証人供述そのものに関する宣誓を意味する。したがって、上述したところと矛盾しない。

V. 宣誓保証が問題となるときは、裁判官は第60条第1号および第2号に留意しなければならない。第55条において宣誓保証はその大部分が排除されるので、第3号の意味についてでは留意を要しないことは自明の理である⁽⁵⁾。

XI 第57条乃至第71条の序

I. 第57条以下は、一方、証人尋問の遂行ならびにその種類および方法を含み、他方、証人の宣誓に関する極める重要な問題について規定する。

Ⅱ. 1) 刑事訴訟法における宣誓の問題は、以前から刑事訴訟法改正の最も争われた問題に属する⁽¹⁾。

2) a) 刑事訴訟法は、本来、原則的な宣誓義務から出発した。かかる法的状態は「偽誓の害毒」に対する絶えざる苦情にもかかわらず1933年まで固持された。

1933年11月14日の刑事手続における宣誓の制限のための法律はその理由書において、正当にも、「不健全」と指称された状態を防止しようと試みて、宣誓義務は出発点としては固持されるが、新法第61条、62条において旧法第58条に比較して甚だ拡大された方法で、個々の場合に宣誓をさせることについての決定を裁判所の裁量に任せることにした。この

場合、裁判所の裁量の決定は供述の了知を前提とするから、従来の供述前の宣誓は、断言的な供述後の宣誓と交替せざるを得なかった⁽²⁾。

b) 次いで1943年に立法者は原則的に基だ重大な措置を講じた。訴訟手続における宣誓の抑止は、1943年5月29日の *StrafangleichungsVo* による第156条 a（宣誓なき虚偽の供述の可罰性—v. Liszt がそれを以前から要求していた）の挿入によって刑法典の補充へと導いた⁽³⁾。しかし、刑事訴訟法第59条は *Vo* によって同日より改正され、証人に宣誓を為さしめることは、裁判所の義務的裁量とされ、それによって第61条、62条は抹消されることを得た。この規定と関連して発生する争点は今日興味がない。

3) 今日もなお、訴訟法上の宣誓問題に関して意見がいかに基だしく不統一であるかについては、1950年の *VereinhGes* の成立の事実がこれを示す。

a) 政府案（第59条）は1943年の法的状態を固持しようとし、さらに宣誓を供述の部分に制限する可能を予想した（第59条第1項第2段）。このために、宣誓なき供述の有罪が決定されたが、しかし、訴訟法的顧慮が、なかんずく自由心証の視点が、したがってたとえば、裁判官を宣誓された証人の供述が実質的に拘束することの不可能が決定された⁽⁵⁾。

Ⅹ 戒告および宣誓の意義の教示（第57条）

Vor der Vernehmung sind die Zeugen zur Wahrheit zu ermahnen und darauf hinzuweisen, daß sie ihre Aussage zu beeignen haben, wenn keine im Gesetz bestimmte oder zugelassene Ausnahme vorliegt. Hierbei sind sie über die Bedeutung des Eides und die strafrechtlichen Folgen einer unrichtigen oder unvollständigen Aussage zu belehren.

Ⅰ. 本条は通常、証人の宣誓に終始するものであるから、裁判官による尋問に関する。しかし、準備手続における尋問を行う検察官または警察官による適切な戒告は有効である。また、これらの官吏が、あとで公判における供述について宣誓を行うことを教示することも可能である。

Ⅱ. 戒告および教示は形式的方法によってではなく、証人の個性に応じた個別化的、常に真摯な価値ある、そして感銘を与える方法によって為されねばならない。裁判官は、自分にとっては千回も繰り返される経過が証人にとっろは、恐らく最初のそして唯一の体験を意味することを考えねばならない。

刑事訴訟法は旧第60条においては、たんに宣誓の意義についての教示のみを規定したが、今日は、すでに宣誓なき虚偽の供述が（刑法第153条）罰せられるから、真実を告げるべき戒告が特に強調される。

Ⅲ. ライヒ裁判所は恒常的な判決において、第57条にはたんに「訓示規定」または「秩序規定」のみを見たので、その違反は訴訟関係人にとって抗告を意味し、上告の理由とはなりえないものとされた⁽¹⁾。

Ⅳ. 戒告と教示は公判において被告人の人定尋問前に、被告人の氏名の呼び上げ後ただちに多数の証人に対し共通に行うことができる⁽²⁾。第57条は戒告と教示は直接に尋問に先行しなければならないとは解されない⁽³⁾。

教示を行う裁判官が証人に向けられた彼の言葉において、別の証人の既に為された供述

の内容一尋問が及ぶと思われる全く特定の供述点に関し、真実のための戒告をこれに結合させるために一に言及するとしても、刑事訴訟法第58条違反とならないことはライヒ裁判所判決⁽⁴⁾が正当にも表明するごとくである。第57条からもまたそのような手続を禁止する視点は生じない。尋問技術上、この種の戒告が推奨に価するか否かは別個の問題であって、場合に依じて決定すべきである。

XIII 個別的尋問および対質 (第58条)

1) Die Zeugen sind einzeln und in Abwesenheit der später abzuhörenden Zeugen zu vernehmen.

2) Eine Gegenüberstellung mit anderen Zeugen oder mit dem Beschuldigten im Vorverfahren ist zulässig, wenn es für das weitere Verfahren geboten erscheint.

I. 個別的尋問 (第1項)

1) 第1項が訓示的規定または秩序規定のみを意味するということは支配的見解である⁽¹⁾。ライヒ裁判所判決⁽²⁾は本条の立法理由を適切に強調する。すなわち、証人の公平さは、その面前において他の証人の為した供述内容を知ることによって害されることがあり得る⁽³⁾。まさにそれゆえに、裁判所の真実追究は故なく第1項に違反しないことを必要とする。いずれにせよ、本条の厳守が不可能で、そして手痛い証拠喪失に導く、はなはだ多くの事情が存在するので、その重大な心理的経験内容にもかかわらず、たんに秩序規定の性格が本条に適するものとしてとることができる⁽⁴⁾。バイエルン最高裁判所⁽⁵⁾が第58条第1項の強制的性格の採用が支持し難い結果を適切に指示する。かくて、事実証拠申立が別の証人の尋問の際、これまでに同席していた証人の尋問をめざすことを理由として、許されないものとしてこれを却下することはできない⁽⁶⁾。

3) 公判において、すでに尋問を受けた証人が万一他の証人の尋問後さらに尋問を受けなければならないような場合には、裁判長はその尋問後これを退廷させることができる。第58条第1項は「証人尋問は既に尋問を受けた証人の在席の下に行うことを要する」ことを意味しない⁽⁷⁾。ゆえに、既に尋問を受けた証人の退廷は、後で尋問を受けるべき証人が退廷させることを請求する場合にも許される。裁判長が上述したところによって処理するか否かは裁量事項である。

II. 対質 (第2項)

1) 公判前の手続は、準備手続(検察官による捜査)および裁判官による予審を含む。中間審理および主審理においては対質は直ちに許される。公判においては、それは自明でありかつ不可避である。

2) しかし公判前の手続においてもまた対質は第2項により実務的に解放される。ことに、1933年11月24日の「刑事手続における宣誓の制限に対する法律」の第1条により、第2項の表現が極めてゆるやかにされたのだから(旧法 „対質が事件に対し障害なしには、公判まで延期することを得ないときは“), 対質は裁判官による尋問においてのみ許されるという解釈は採用できない。また、甚だ不適当であろう⁽⁸⁾。もちろん、検察官および警察は対質を強制することはできない。けだし、彼らは証人の出頭を被疑者の出頭の如く強制することを得ないから。ゆえに、特に特定種類の出頭が命ぜられるべきときは(たとえば、被疑者が髭をおとして出頭せねばならない⁽⁹⁾)、管轄区裁判所判事(刑訴法第162条)の

要請が恐らく適当であろう。

3) 対質が行われるべきか否かは、公判前の手続においては、ただ、裁判所が決定することを要する。公判においては、証拠調の申立が対質に向けられることができ、その場合には証拠調の申立に適用される原則（刑事訴訟法第244条第3項、5項）に従って決定されなければならない⁽¹⁰⁾。

4) 対質の技術的遂行⁽¹¹⁾

XIV 証人宣誓（第59条）

Die Zeugen sind einzelnen und nach ihrer Vernehmung zu vereidigen.
Die Vereidigung erfolgt, soweit nichts anderes bestimmt ist, in der Hauptverhandlung.

Ⅰ. 本条の一般的意味については、第57条乃至第71条の序3以下参照。

Ⅱ. 個別的宣誓は、裁判官が各証人に各別に第66条cに規定された言葉を朗読して聞かせ、証人に誓いの言葉（第66条c）を述べさせることが必要である。ゆえに、裁判官が、参審員および陪審員の宣誓に際して、裁判所法第51条⁽⁹⁴⁾に規定してあるように、尋問を受けるすべての証人に同時に宣誓の言葉を向け、各個の証人、または、すべての証人をして共通に誓約の言葉を云わしめるときは、第59条違反が生ずるであろう。しかし、証人の宣誓が最後の証人の尋問が終るまで延期され、ついすべての証人が宣誓のために裁判官の机の前に進み出て各証人が「個別的に」宣誓させられるのは違法でない⁽¹⁾。かかる手続は、個別的宣誓に関して第60条、61条によりなされるべき決定が供述の全内容の知識により本質的に影響を受け得る場合には適切なものであろう。

Ⅲ. 供述後の宣誓は強行規定である。ゆえに、供述前の宣誓は訴訟法違反の措置であり、刑事訴訟法第337条（上告理由）の意味における違法である。訴訟法に違反してなされしめられた供述前の宣誓を故意に偽誓する証人が刑法第154条の意味における偽証罪を犯すものか否かは全く別の（純粋な実体法上の）問題である。これはライヒ裁判所により肯定された⁽²⁾。その際、実体法の問題提出の方法と訴訟法の問題提出の方法との相異が明かにされた。ゆえに、Schwarz が訴訟法に違反して為さしめられた供述前の宣誓を有効と表明するのは誤りである。そして訴訟法違反として、第60条、61条から導かれる根拠を欠く無宣誓と全く同視される（上告理由⁽³⁾）。

尋問は完了することを要する。しかし、第67条は既に為された宣誓の後で同一公判において、再度の尋問（たとえば、別の証人尋問により生じた補完または疑問の解明のために）が可能であり、そして許されることを示す。その場合、すでに為された宣誓を引証することをもって足りる。

Ⅳ. 宣誓を行わない法的根拠が存在しないときは、訴訟関係人の宣誓放棄は顧みられ⁽⁴⁾ない。証人が別の刑事手続において既に一定の供述の真実性を誓ったとしても、爾後新たに為された供述について再度宣誓しなければならないということについては何らの変りもない⁽⁵⁾。

証人の供述が信頼に価するか否かは、宣誓にとっては、今日、もはや何らの役割も果たさない⁽⁶⁾。

V. 1) 証人の宣誓は彼の全供述および彼の一身についての陳述に及ぶ⁽⁷⁾。そのことは

宣誓形式（第66条c）から明らかであり、そして証人によっては彼の人的同一性が決定的に問題であるがゆえに必要である⁽⁸⁾。

2) 宣誓を行うことを要するためには証人の実際の供述が存在しなければならない。誰かが証人として問題になるか否かというたんに情報を与える「探査」においては現実の供述を欠く。しかしこの場合厳密な尺度が置かれるべきである。そのような「探査」が、誰かが問題について何かを知っているかどうかについての質問を越えるときは、質問は問題そのものに対して、または信頼価値に関して提起され、尋問および供述が存在し、ついで宣誓が行われなければならない⁽⁹⁾。証人として召喚された者がたんに彼の供述義務および宣誓義務を明らかにすべき質問に対し与える報告は、場合によっては、情報を与えるにすぎない尋問の準備的報告⁽¹⁰⁾であり、したがって供述の構成要素をなさない。そのことは、裁判長がそのような情報告知的質問を召喚された証人の全体に対して向ける限りにおいて特に容認される⁽¹¹⁾。そのような質問が「人定」と関連するときは、解答供述の構成要素（恐らく極めて重要な構成要素さえも）を成す⁽¹²⁾。注意を要する。

3) ひとつの供述において、第60条第3号に照応する部分が、同条同号に関係のない他の供述部分から明瞭に区別されるときは、宣誓を後の部分に限定することが問題となる。一人の証人が、二人の被告人に対する手続において、二つの全く異なる経過について供述せねばならず、そして一つの経過に関し、これに関係ある被告人に対し第61条第2号の親族関係に立つときにもまた他の経過に限定された宣誓が可能である。これに反し、宣誓をたとえば供述の及ぶながい経過の中の、証人がその陳述によれば、なお十分に想起可能と思われる部分にのみ関係させることは許されない⁽¹³⁾。

VI. 宣誓に関する裁判長と裁判官の判定については第60条の注釈参照。

VII. 証人が宣誓を拒否するときは、第70条の結果が生ずる。この場合、拘留はたんに任意的に規定されている（第70条2項）。拘留が適用されず、そして、証人が宣誓をなさないことを固執するときは第57条は、自由心証の視点により右の供述を無宣誓の供述として使用することを妨げない⁽¹⁴⁾。

VIII. 公判外における証人の拒否については第65条、66条、66条bおよびそれらの注釈参照。

XV 宣誓禁止（第60条）

Von der Vereidigung ist abzusehen :

1. bei Personen, die zur Zeit der Vernehmung des sechzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet haben oder die wegen mangelnder Verstandesreife oder wegen Verstandesschwäche vom Wesen und der Bedeutung des Eides keine genügende Vorstellung haben ;
 2. bei Personen, die nach den Vorschriften der Strafgesetze unfähig sind, als Zeugen eidlich vernommen zu werden ;
 3. bei Personen, die der Tat, welche den Gegenstand der Untersuchung bildet oder der Beteiligung an ihr oder der Begünstigung oder Hehlerei verdächtig oder deswegen bereits verurteilt sind.
- A. 1. 刑事訴訟法第59条は、原則的に証人宣誓を規定する。しかし刑事訴訟法第60条

ないし第63条より生ずる例外が、場合に応じて宣誓をなすべきかなさざるべきかを判定する。第61条第1項（裁判所の裁量）は裁判所の裁判の必要を云わんと欲するように思える。それにもかかわらず、第59条以下のすべての場合にそのような裁判が最初から必要であるのか、または宣誓に関する判定が先ず事件管掌の措置と見るべきで、したがって先ず裁判長が裁判をなしそして裁判所は異議ある場合（刑訴法第238条第2項）にのみ決議によって裁判をなすべきであろうか否かは疑問である⁽¹⁾。

Ⅱ. 1) 1943年5月29日の規定が作出した法状態の下において、ヘッセン控訴院（Kasseler Senat）が宣誓または無宣誓に関する判定は訴訟指揮の領域から真実発見の領域へ移される、そのために判定はただ裁判所の決議によってのみなされ得るという立場に立ったのは十分な理由がある。その際カッセル法務部は、法律により原則的に各証人は宣誓をしなければならず、そしてこの原則が例外により制限を受けることが少ない場合は、宣誓をさせるか否かについての判定は訴訟指揮の措置として先ず裁判長の権限に属するものと考えた。したがって、法務部は1933年より前に有効であった法状態に対してライヒ裁判所が展開した見解に反対しようとは欲しなかった⁽¹⁸⁾。

2) この興味深い問題において、今日の法状態は1933年より後の法状態とよりも1933年より前のそれと比較すべきであるということが出来る。ただし、1933年に第61条により規定された宣誓の制限は、今日第61条により生じた制限に比し、はなはだしく広汎に及び、裁判所の裁量に、より大きな活動範囲を与えたからである。ゆえに、ライヒ裁判所の判決に関し、今日再び一般に承認された見解—先ず裁判長が訴訟指揮の領域において宣誓に関する決定をなすべきでは、そして彼の判定に対し異議がとなえられたときにのみ裁判所の決議が必要である—が是認されるべきであろう⁽³⁾。

3) 裁判長の措置が刑事訴訟法第238条2項により異議をととなえられなければ、これに対する上告は支持され得ない。ただし、措置が失当であった場合でさえも、判決は措置によるものではなく、異議に基づくものであるから⁽⁴⁾。

裁判長が宣誓なしで証人を尋問したときは、訴訟関係人の、明らかに宣誓をめざすそれぞれの申立によって無宣誓の異議（第238条第2項の意味における）が認められる。ゆえに、ライヒ裁判所⁽⁵⁾が、弁護人が最終陳述と関連して提起した被告人の無罪の申立に付帯してなした（これまで無宣誓のままであった）証人の宣誓を求める申立を、尋問の終結前に、したがって判決によってでなく、裁判所の決定によって解決されねばならなかったはずの異議と解したのは正当であった。

4) 第59条により証人の宣誓が行われるときは、それは第60条以下を拒否して宣誓を行わしめることを判定したことを意味する。かかる判定は特別の根拠を要しない。それは法律上通常の場合であるから。宣誓が行われないときは、無宣誓が裁判に基づくことを調書により明らかにすることを要する。その点について調書に何らの記入もないときは、それによって裁判の欠缺が確実となる。それは手続違反を意味し、判決がこれに基づいてなされることがある⁽⁶⁾。

5) 裁判長または裁判所が無宣誓を判定するときは、その理由づけとして、いかなる法的根拠が基準となるべきかが問題となる。第60条第1号、2号、第61条第1号、2号においては、これらの場合のいずれが存在するかが明らかにされれば十分であろう。（これに反し）この場合何故にたとえば17才の証人（第61条第1号）または“被害者”（第61条第

2号)にあっては宣誓が論外に置かれるかについての説明は、裁判所の自由裁量が基準とされるのであるから必要でない⁽⁷⁾。しかし、第60条第3号、第61条第3号におけるごとく、(ここでもまた共演する)裁量を全く特定の方法で拘束する先行の法的視点が無宣誓に対して前提を成すときは、裁判所がいかなる範囲において宣誓の原則の当該の例外的前提を所与とみなすかということを明白に示す根拠が与えられねばならない⁽⁸⁾。

宣誓を求める申立に対して無宣誓が決定されたとき、すなわち右の申立が却下されたときは、常に刑事訴訟法第34条により理由を付することが断固として強制される。もちろん裁判所の裁量が決着をつける場合(第60条第1号、2号;第61条第1号、2号)は、理由づけに際して、かかる裁量に言及することをもって足りる⁽⁹⁾。

B. 第60条は宣誓を第1号乃至第3号所定の場合に禁止する。第1号乃至第3号の意味において宣誓を排除する事情の存在が裁判所に、その責任なしに隠されていたという事実は、第60条に反して行われた宣誓の訴訟法違反に何らの変更をももたらさない⁽¹⁰⁾。しかし、かかる訴訟法違反は不治ではありえない⁽¹¹⁾。けだし、事後宣誓の支配の下でも宣誓禁止の要件(すなわち第3号)が宣誓後の審理の過程において始めて見出される可能性が極めて大きいから治癒は供述が無宣誓と評価されることによって行われる。しかし、裁判所は認識された瑕疵の後、これをその他の訴訟主体に明確に知らせねばならず、必要な場合には審理を更新せねばならない⁽¹²⁾。(判決理由においてもまた)供述が無宣誓として評価された旨が確認されないときは、裁判所が証拠判断に際してまきに行われた宣誓のために、供述に大きな信憑性を帰したという可能性は排除されない。しかしかかる場合には、判決は刑事訴訟法第337条の意味における手続違反に基づく⁽¹³⁾。

C. 第60条所定の個々の無宣誓

I. 第1号. 1) 宣誓未成年は満16才まで継続する。その際基準とされるのは尋問の時点であって、検証または宣誓の時点ではない⁽¹⁴⁾。17才は第17回目の誕生日の午前零時をもって開始する⁽¹⁵⁾。

2) 証人における知能不成熟または知能薄弱が宣誓の本質および意義の十分な表象を拒否するか否かは精神病患者および禁治産者にあってさえも個別的に調査されねばならない⁽¹⁶⁾。宣誓能力者となりたての者の宣誓はなお確認可能な知能成熟から排除することができる⁽¹⁷⁾。第1号は宗教上の不信仰とは何の関係もない⁽¹⁸⁾。酩酊は場合によっては審理無能力者となるが、第1号適用の理由とはならない。酩酊が、宣誓を不適当とするほどであるならば、これを延期し次の開廷日に証人が素面で出頭することを配慮すべきである⁽¹⁹⁾。知能未成熟および知能耗弱は不十分な宣誓表象の理由として確認されねばならない⁽²⁰⁾。

II. 第2号は証人に対し、宣誓のうえ尋問を受ける刑法第161条所定の継続的無能力が確定力をもって宣告されたことを要件とする。判決の確定がはじめて第2号に予定された無能力を判定し、したがって宣誓禁止を生ぜしめる⁽²¹⁾。ゆえに、偽証のかどで有罪の判決を受け、永続的に宣誓無能力と宣告された証人は、原則として、かかる刑の言い渡しに確定力を有しない間は宣誓させられる。宣誓無能力の本質に関する問題(刑罰か、または警察上の保安処分か?)は、恩赦の場合に刑事訴訟法上の意義を持つ。けだし、恩赦は刑罰のみを除却し、保安処分を排除することはできないから。この問題は甚だ争われている⁽²²⁾。

Ⅲ. 第3号. 1) 第3号により宣誓を排除する嫌疑は、裁判所の調査の対象を成す犯罪に関するものでなければならない。ゆえに、証人が本案の裁判において彼が為す供述により被告人の庇護の罪を犯すとの嫌疑では足りない⁽²³⁾。

本案の裁判をもって終結すべき刑事手続のそれ以前の段階において、警察、検察官または予審判事の面前で、被告人の庇護に役立つ不実の供述を為した、という嫌疑を受けることによって、証人の宣誓が本案の裁判において排除されるか否かは全く別個の問題である。そのような場合には、本案の裁判において宣誓の下に行われるべき尋問に際し、虚偽の供述および（宣誓の場合には）虚偽の宣誓の方向において効果をあらわすであろうところの、そしてそれに対して証人が第60条第3号によって、まさに防衛されるべき強制状態が存在する。ゆえに、連邦裁判所は、その限りにおいて第60条第3号を適用できるものとする⁽²⁴⁾。

2) 第60条第3号の意味における「嫌疑性」の存否の問題に対しては、関係裁判所の態度が基準となる⁽²⁵⁾。裁判所によって採られた嫌疑が後になって理由のないものであることが立証にれることがあっても、無宣誓の合訴訟法性に影響を及ぼさない⁽²⁶⁾。ただ、第3号の適用における法律の錯誤のみが法的瑕疵のゆえに上告可能な無宣誓の命令となることがあり得る⁽²⁶⁾。

3) 証人は第3号の意味における共犯者であることにより、真実の供述につき心理的困難の状態にあり、もちろんこの困難は、彼自身が処罰を期待せねばならない場合に最も大きい。処罰は可能でないとしても証人が多かれ少なかれ、悪名高い役割を演じた事件について証言を余儀なくされる場合にもあり得る、という考えは、「嫌疑がある」ということの標識の解釈にとり基準となる。予告された処罰そのものが法律存在の理由を成さないということは、「共犯」のかどで既に有罪を宣告された証人も宣誓を許されないこと、しかも、判決が確定力を有し、したがって一事不再理により、すべての新たな処罰に対し安全である場合にも許されないという事実により明瞭である。かかる原則よりすれば Beling の主張に同調することを得ない。彼は「嫌疑ある」の標識を余りに狭く解し、「証人に対する刑罰宣告の蓋然性」となす。同時にまた、証人が刑事訴追の対象を成す行為において可罰的方法で「共働した」ことを要する、との通説により採用された基本的視点⁽²⁸⁾は正当でなく、かつ、通説は人的刑罰阻却事由により可罰性が脱落する場合に第60条第3号は適用しないものと解するがゆえに益々納得し難い。かかる場合に第60条第3号の適用は実際には是認されるが、それは、「重要なのは予告的な処罰可能性ではなく、証人が心理的に若痛を与えられる方法で共に捕えられる」という思想によってのみ可能である⁽²⁹⁾。

結語— a) 証人の共犯について違法阻却事由があるときは、第60条第3号は適用されない。ゆえに、証人は宣誓させられねばならない。責任阻却事由がある場合も同様である⁽³⁰⁾。証人の共働の態度に刑法上の構成要件該当性が欠けるときは、第60条第3号は最初から問題にならない⁽³¹⁾。

b) これに反し、以下の場合には、人的刑罰阻却事由、または、刑の免除として第60条第3号の適用を妨げない。

イ) 中止未遂⁽³²⁾。

ロ) 刑法第24条第2項の配偶者の身分⁽³³⁾。

ハ) 刑法第257条第2項の意味における親族たる身分⁽³⁴⁾。

ニ) 刑法第174条第2項における年令標識⁽³⁵⁾。

c) 客観的処罰条件の欠缺(たとえば、刑法第172条における離婚)は、人的刑罰阻却事由の存在と別様には取り扱われないであろう⁽³⁶⁾。

d) 共犯による証人訴追を妨げる訴訟障害が無宣誓を排除する力は、b)およびc)の下に論及された実体法的要因よりも少ない⁽³⁷⁾。

4) „審問の客体を成す行為への関与“, 庇護, 隠匿。

a) 犯罪の概念は、ここでは、訴訟法的意味をもつ。したがって、犯罪は、それに対して公訴および開始決定が指示された全歴史的過程である。もちろん、かかる包括的歴史的過程の内部において、証人の責に帰属する刑法上重要な行為が、被疑者の責に帰せられる行態に無関係であることは許されない。けだし、法律は、実に、関与を要求するからである。さて、これは、共犯(Teilnahme)の狭い意味に解釈すべきでないことは確実である⁽³⁸⁾。被疑者の責に帰せられる行為と校合して、同じ方向における„共働“と見られる証人のすべての行為がBeteiligungの概念に属する⁽³⁸⁾。

b) 犯罪隠匿者に対する手続において、窃盗犯人に宣誓させることはできない⁽⁴⁰⁾。犯罪隠匿者として起訴された者が、物件を他の犯罪隠匿者より取得したものであるときは、この隠匿者もまた宣誓させられることを得ない⁽⁴¹⁾。

謀殺者に対する手続において、ライヒ裁判所⁽⁴²⁾は可罰的な非通告(刑法第139)の嫌疑者を„関与者“と見なした。

意思の一定の目的方向が問題となる過失犯においては、たとえ、各人の過失が各人において別異の形態を取ろうとも、同一の違法な結果の招来に寄与したときは、すでに同一方向における多数者の共働が存在する⁽⁴³⁾。

刑法第331条または第332条による賄賂罪による手続においては、贈賄者は共犯者として宣誓させられない(刑法第333条による嫌疑)⁽⁴⁴⁾。

Aが火災補償金の入手を目的とする詐欺を行うときは、刑法第265条の嫌疑を受けるBは、宣誓の下に尋問を受けることを得ない⁽⁴⁵⁾。

刑法第48条、49条の意味における„Teilnehmer“ (共犯) に対する手続においては、主犯は刑事訴訟法第60条第3号の意味における„Beteiligter“である⁽⁴⁶⁾。

刑法第175条aによる被害者は、刑法第175条(男子間の猥せつ行為)の嫌疑により関与者とされる⁽⁴⁷⁾。

AがXに対する堕胎罪のかどで起訴される場合、Aとは無関係に、同じくXに対して堕胎未遂を企てた、との嫌疑を受けるBは、宣誓のうえ尋問を受けねばならない。これに反し、Xは(刑法第218条第1項の嫌疑により)無宣誓で尋問を受けるであろう⁽⁴⁸⁾。

自分の娘に対する近親相姦のかどで起訴された既婚の父親の17才になるその娘は、姦通の共犯の嫌疑により関与者と見なされる⁽⁴⁹⁾。

被告人の責に帰せられる犯罪を、たんに誘発する行為は、証人が被告人の行為を阻止する義務を有するときにのみ、証人に対し„関与“を基礎づける⁽⁵⁰⁾。

隠匿の概念に対しては刑法第259条が基準となる⁽⁵¹⁾。

審問の対象となる犯罪が、証人自身に対して行われるときは、証人は刑法第61条第2号の意味における被害者であるが、第60条第3号の意味における関与者ではない。たとえば、刑法第240条の被強要者⁽⁵²⁾、人身傷害における被虐待者<被疑者および証人が、同じけ

んか沙汰に対する共犯（刑法第227条）が問題にならなければ⁽⁵³⁾。

相互的侮辱（Beleidigung） または相互的人身傷害においては第60条第3号は適用されない⁽⁵⁴⁾。

XVI 裁量による無宣誓（第61条）

Von der Vereidigung kann nach dem Ermessen des Gerichts abgesehen werden:

1. bei Personen, die zur Zeit der Vernehmung das sechzehnte, aber auch nicht das achzehnte Lebensjahr vollendet haben;
2. bei Verletzten sowie bei Personen, die im Sinne des § 52 Abs.1 Angehörige des Verletzten oder des Beschuldigten sind;
3. wenn das Gericht der Aussage keine wesentliche Bedeutung beimisst und nach seiner Überzeugung auch unter Eid keine wesentliche Aussage zu erwarten ist.

A. I. ここに問題となる年齢段階にある証人において、第60条第1号が予見する知的結果に関して、知能未熟または知能耗弱を顧慮して、宣誓が禁止される場合は、本条第1号は問題にならない。しかし、第60条第1号より生ずる宣誓禁止を“知能の側面”に限定することは⁽¹⁾宣誓が適当であるか否かの問題に関して、16才乃至18才の間にある少年の全精神のおよび道徳的人格に注目する裁判官に第61条第1号が与えた可能性を示すものである。証人の精神のおよび道徳的形成について疑いが残るときは、裁判所は宣誓を見合わせる事ができる。裁判所が証人の信憑性について獲得する見解は、第1号により遂行されるべき評価に困難な影響を与える。もちろん、ライヒ裁判所が適切に云うように⁽²⁾不信憑性のみが宣誓に関する決断に対して決定的なものではない。供述の不信憑性は、証人が認識せずまたは洞察しない、理解できるそして恕すべき錯誤に基づくことがあり得る。しかし、不信憑性は証人の道徳的欠陥から結果することもありえ、まさにしかる場合に、第61条第1号の範囲において、とりわけ否定的側面の方向に意義を有する⁽³⁾。

II. 1) a) „被害者“の概念は、ここでは、刑事訴訟法第22条第1号におけると異なる⁽⁴⁾。

b) 被害者にあっては、裁判所はその自由裁量によって、被害者が偏見に捕われており、その供述が信用できない、と思量するときのみならず、全事態の思慮ある評価に際し顧慮に価する一切の事情を顧慮することができる⁽⁵⁾。かくて、宣誓は、被害者のすべての供述が別の証拠方法によって余す所なく立証され、よって、信憑性があらゆる疑義を超えており、宣誓をもってする供述の確認を要しないと思われるまさにそのような理由で、これを見合わせる事ができるであろう。

2) „親族“の概念は、刑事訴訟法第52条第1号乃至第3号のそれと一致する。ゆえに、許婚者および配偶者を含む。

証人が被疑者の親族であるか否かについては、多数の被疑者が居る場合は、第52条の注釈において述べられたところにならう。

III. 第3号は解釈に最大の困憊を与える。1933年11月24日の草案における第61条第5号が参照されるべきである。この旧第5号は、裁判所の全成員が供述を取るに足りないか、または、明かに信憑性がない、と解し、そして、彼らの信念によれば、宣誓の下において

も重大な、または、真実の供述が期待できない場合は、宣誓を見合わせることを承認した。

1) 新3号と旧5号との間には、無宣誓が第3号により常に裁判所の決定、もちろん、今日は多数決による決定を要求する限りにおいて、一致が承認される。

2) 旧5号に比し、新3号の重大な変化は、第3号が供述の「本質的意義」(wesentliche Bedeutung)を目ざしているのに、旧第5号が裁判所の裁判を、証人の供述内容の「非重要性」(Unerheblichkeit)または「明らかな非信憑性」(offenbare Unglaubhaftigkeit)に係らしめた点にある。

かかる標識の解釈は争われる。

a) 第61条第3号の解釈において、強力に旧法を基準とする Dachs は、供述をその顧慮されるべき内容について、次の場合に本質的なものでないと表明する。すなわち、「証明事項が(責任問題または刑罰問題の)裁判に対して意義を有しないとき(事実に属さない場合についての供述)」,さらにまた、重要な証明事項を前提として、「供述の客観的内容そのものが裁判に本質的なものでないとき」。Dachs は、判決が、そもそも根本において、そして何らかの方法で、供述を有益に引き合いに出すことを裁判に本質的なものと認めようとする。供述の「本質性」は信憑性と何のかかわりもないことが Dachs により強調される。後の点において、Schwarz は Dachs と鋭く見解を異にする。Schwarz は、本質的でないこと(Unwesentlichkeit)と重要でないこと(Unerheblichkeit)とを完全に同視、そして、供述が明らかに信憑性を有しないことに、「重要でない」ことを容認する。もちろん、Schwarz が、宣誓を免れるために、信憑性のない供述を行った証人をして宣誓を免れしめない場合、それによって、Syhwarz によって欲せられた Unwesentlichkeit と Unglaubwürdigkeit との関係は全く不明瞭になる。また、彼の類別をもってしては、信憑性を欠く場合に実務上殆んど仕事ができないであろう⁽⁶⁾。

b) 連邦裁判所は三つの重要な判決において、第61条第3号の問題に対して態度を決定した。すなわち、BGHSt Bd.1S9 (=MDR 1951S.242, NJW1951S.411), NJW1952S.74, NJW1952S.151 (なお Nachschlagwerk Nr. 1, 5, 6zu § 61Nr. 3 参照)。これらの判決に対し、Hülle NJW1951S.297, Dallinger MDR1951S.243. MDR1952S.17. 参照)。

連邦裁判所は、Hülle および Dallinger を是認して、供述の Wesentlichkeit を決定するのは内容であって証拠価値でないことを強調する。連邦裁判所はそのことを、1933年の草案における第61条第5号に対する今日の第3号の相異から結論づける。旧規定において、無宣誓の理由として強調される非信憑性が、今日抹殺されるとすれば、そのことは供述の信憑性、すなわち、真実性に依拠する証拠価値は重要であり得ないということの意味するにすぎない。したがって、宣誓に際して、証人に明らかに信憑性がないということが肝要でないのと同様に、裁判所が、宣誓がなくとも、証人の供述を信頼できるか否かということも重要でない。

従って、Wesentlichkeit の概念が証人の信憑性とは無関係であるとすれば、さらに、旧5号の意味における Erheblichkeit の概念と同視されるべきか、または、区別されるべきかが問題となる。連邦裁判所(NJW1952S.75)は、両概念は「近親的」なものである、と云う、もちろん、そのことは、この判決において、ライヒ裁判所の刑事判決<Bd.72S.

155(157)＞と関連して、供述内容（客観的に把握された）を判決内容（責任問題および刑罰問題）と関連させ、そして、そこから再び信憑性に値しないことを結論づけるために強調される。

しかし、いずれにせよ、連邦裁判所（NJW1952S.75）が „Erheblichkeit“ の概念に立ち戻るといことは意義なしとしない。連邦裁判所旧判決（Bd. IS. 11）においては、まさに Wesentlichkeit と Erheblichkeit との区別が強調され、第61条第3号は、たんに完全な意味喪失、または、非重要性（Unerheblichkeit）においてのみ例外（すなわち無宣誓の可能性）が席を占める、という風に理解にれることを得ない、といわれた。さて、連邦裁判所は—刑事訴訟法第62条に使用された術語— „決定的意義を有する供述“（Aussage von ausschlaggebender Bedeutung）を „wesentliche Bedeutung“（第61条第3号）という表現に関連させることによって、後者のために、次の、特に Dallinger および Hülle により採用された表現— „Die wesentlichen Aussagen は、判決発見の基礎としての意味のうえから、重要でない供述（unerhebliche Aussagen）と決定意義を有する供述との中間に位置する“—を見出す。実務上の効果（同時に Dachs の見解との対立）は、判決理由における無宣誓の供述に対する言及、すなわち、その評価が無造作に排除されないという点に在る。

しかし、かかる区別が事実審裁判所の実務に使用可能な標準であるか否かは、甚だ疑問である。連邦裁判所は自ら連邦議会における報告の言葉— „従って、刑事訴訟法第63条第3号により供述を無宣誓とするすべての裁判所にとり、判決理由において、供述を顧慮することは困難となるであろう“—を引用する。判決は、本質的でないものを理由書に含めるべきでない。したがって、無宣誓の供述が何らかの点において実際に評価されるときは（使用された証拠方法の下で、たんに形式的に同時に言及されたことは、使用を意味しない）、それは、たとえ、責任または刑罰の云渡の構成に寄与することが少ないとしても、本質的なものであったのである。ゆえに、Dachs は原則的に同調されるべきであり、そして、BGH, NJW1952S.74において、Dachs により主張された立場に少なからざる接近が見られる⁽⁷⁾。

ゆえに、供述はその客観的内容が、決定的に重要な証拠物件に対し認識価値を有し、そして、その限りにおいて重要であるときは、第60条第3号の意味において „本質の意味“を有するのである。

3) 供述の非本質的意義に、無宣誓に対する第二の独立の要件として、 „裁判所の確信によれば宣誓を為させても本質的な供述が期待されない“、という事情が加わらねばならない。Dallinger は、第61条第3号の適用において、 „全体的に見て、好ましからざる証拠価値の先取りが、ある意味において存在する“ ことを正しく認識する。まさに第二の要件が、かかる方向において効果を現わす。その意義に対して、特に、Dachs NJW 1950S. 888 が態度を決めた。彼は適切に述べて曰く、裁判所に課せられた予測は、結局、上述の意味における客観的本質性を狙わねばならない。すなわち、期待される供述がひたすらかかる意味において本質的な場合、その信憑性は問題にならない、と。

Oldenburg 控訴院（NJW1951S.7312）は、供述の本質性はその証拠価値により影響される、とするが疑わしい。証人が本質的な供述をでっちあげることが期待されるか、または、本質的な供述に際し、決定的な点において思い違いをすることが期待されるかは何の

区別もない。ただ、本質的な供述が期待されるときは、いずれの場合にも、宣誓が必要である。

4) 証人が宣誓させられ、しかし、その後の証拠調べにより供述の非本質性が明らかになり、そして、裁判所が、宣誓は見合わせる事ができたであろう、ということができる場合には、何らの懸念すべき状況も存在しない。けだし、宣誓が常に真実であるということは疑問であるから。

裁判所が証人尋問後、無宣誓を決定したあとで、審理の経過中に供述が „本質的“ であることにつき教えられるときは、事態は別である。そうでなければ、裁判所は、判決が刑事訴訟法第61条第3号違反のかどで有効に上告により異議を申し立てられることなしには、その間に本質的なものと認識された証人の供述を判決に使用することはできないであろう。無宣誓の決定が宣誓の決定により、後程、取り消されることは、訴訟法上考慮を要しない。Dallinger の言は正当である— „第61条第3号による無宣誓の決定は、屢々、たんに、一時的な意義を有する“。裁判所が、行われた供述後、第61条第3号の要件が明らかに存在しないときに、当該証人の宣誓の問題を証拠調の終結まで中止するという方法で事後宣誓の制度を十分利用するということは、最も合目的であろう⁽⁸⁾。

XVII 違警罪および私人起訴事件における宣誓 (第62条)

Im Verfahren wegen einer Übertretung und im Privatklageverfahren werden Zeugen nur vereidigt, wenn es das Gericht wegen der ausschlaggebenden Bedeutung der Aussage oder zur Herbeiführung einer wahren Aussage für notwendig hält.

I. 違警罪 (刑法第1条第3項)。私人起訴 (刑事訴訟法第374条以下)。

検察官が起訴手続をとるとき (刑事訴訟法第377条第2項) は、第62条はもはや適用されない。必要な場合には、これまで見合わされていた宣誓が回復されねばならない。

II. 1) Vereinh Ges 第3条第22号に基づく第62条の表現様式は、供述の意義を顧慮する限りにおいて、宣誓の可能性を1933年11月24日の第62条の表現様式におけるそれよりも本質的に狭く規定する。1933年の制定法は、裁判所が „供述の意義を顧慮して“ 宣誓を必要と思料するときは、これを要求した。ゆえに、重要性の特別の程度は規定されなかった。

今日の用語によれば、供述は „決定的意義“ を持たねばならない。それは、第61条第3号の意味における „本質的“ 意義を超えている。裁判所が、それによらなければ当該確認を為すことができない場合は、供述は決定的意義を有する。証人の供述が唯一の証拠方法である場合が、特にそのような事情にある。いずれにせよ、別の証人供述またはその他の証拠方法が、当該確認が真実であることを証明できないというのではない。しかし、この場合には、証人供述がたんに補足的な証明を与えるのみならず、まさにそれが裁判所に対し、 „完全な確信“ を可能にする、という第62条の意味において、その意義が問題になる、というのでなければならない。ゆえに、疑もなく不真実な、または宣誓の場合にもまた相変らず信憑性のない供述は、決して „決定的“ 意義を有することを得ない。かくして KMR § 62N. 2 b. は正当。したがって、ここでは、 „意義“ は、必要な場合には、内容のみならず証拠価値にも依拠することができる (第61条第3号におけると異なる)。そのことは、 „決定的意義“ という要素と並んで真実な価値の招来が宣誓の要件であるこ

とからも明瞭である。

かかる場合に宣誓が必要かどうかは、供述の決定的意義に際してもまた、依然として裁判所の義務的裁量により決定されねばならない。たとえば、供述の客観的内容または証人が唯一有効な証拠方法である、という事実が決定的意義を立証すること、そして、裁判所が証人の信憑性について有するある種の疑惑を、証人が供述を誓約することによって、彼の供述に裁判所の完全な確信が依拠することができるということを裁判所に証明することによってのみ克服することができる、という事実があり得よう。そのような場合には、宣誓の必要が認められよう。

2) 裁判官の多数により従来の供述を不真実と見なされる証人を、真実の供述にまで動機づけるために宣誓の強制を行わねばならないことを裁判所が事案の状況から確認するときは、 „真実の供述を招来“ するために、宣誓が必要である。宣誓は第59条により、いかなる事情の下においても事後宣誓でなければならないから、裁判所は必要と思料した宣誓を、最初は単に決定して、証人にこの決定を開示することができるのみである。次いで証人は尋問を受ける。証人が従来の供述を変えないときは、決定に従って宣誓させられる。別の供述により従来の供述を変えるときも、同様に宣誓を行う。そのような場合に、宣誓が裁判所に供述の真実性を確信させることがあり得るであろうが、裁判所は宣誓後も刑事訴訟法第261条により、供述を自由採証の原則により取り扱うことを妨げられない。

Ⅲ. 第60条、第61条第1号、第2号は第62条に先行する。第61条第3号は第62条と矛盾に陥ってはならない。Schwarz とKMRは第61条を第62条により把握される場合に原則として適用できないものと解するように思われる。（しかし、16才および18才の間の青(少)年または被害者が、第61条第1号、第2号による犯罪の審問にあたってさえその供述が決定的であるときにも無宣誓であり得るとすれば、第62条に関わる手続においても、そのことが可能であり得ない⁽²⁾、という理由を解することができない。被疑者の親族は第63条において顧慮される。

XVIII 宣誓の拒否（第63条）

Die in § 52 Abs. 1 bezeichneten Angehörigen des Beschuldigten haben das Recht die Beeidigung des Zeugnisses zu verweigern; darüber sind sie belehren.

Ⅰ. 宣誓拒否権は証言拒否権と一致しない。第53条、54条に記載された者が証人として証言するときは、第60条乃至第62条所定の事情のない限り、宣誓させられる。被疑者の親族のみが宣誓拒否権を有する。彼らがこれを行使すれば、宣誓は許されない。被疑者の親族が宣誓拒否権について教示を受けなかったためにその証言を宣誓するときは、手続法違反となる。

Ⅱ. 証人が宣誓拒否権を行使しないと表明するときは、無宣誓を命ずる裁判所の決定に対して席が与えられない。裁判長もまたこれに関して、裁判所の決定を先取りする決定をしてはならない。これに関する特段の命令がなければ、宣誓は行われない。拒否の表明は *Bewirkungshandlung* であって *Einwirkungshandlung* ではなく、それ自体に (*eo ipso*) 実現されることは注目に価する⁽¹⁾。証人が第63条による権利を行使したことは調書に記載せねばならない。宣誓を行う場合には、調書によって教示がなされねばならない。

Ⅲ．宣誓拒否権についての教示は強行規定である。それは証言拒否権に関する教示（第52条第2号第2段）に直ちに含まれないで、独立に、そして宣誓との明瞭な関係をもって行われねばならない⁽²⁾。

裁判所が第61条第2号により宣誓を無視するときは、宣誓拒否権に関する教示は不要である。宣誓が要請されるときにのみ第63条に照応する宣誓拒否が生ずる。したがって、宣誓拒否の可能性についての教示もまた、そのときにのみ顧慮される⁽³⁾。

Ⅳ．証人は宣誓拒否の表明を取り消すことができる⁽⁴⁾。その場合、宣誓が行われるか否かは、裁判所が第61条第2号により決定する。

ⅩⅨ 無宣誓理由の調書記載（第64条）

Unterbleibt die Vereidigung eines Zeugen, so ist Grund dafür im Protokoll anzugeben.

Ⅰ．本条と第65条、66条、66条aとの比較によって明らかなように、第64条は、公判、同時に公判の準備のために行われる第223条による委託尋問にも適用される（第223条第3項）。

Ⅱ．無宣誓の理由については、第60条についての説明を参照され度い。調書において指示すべき法規の範囲（たとえば第60条第1号、第61条第2号）、理由の詳細な報告の必要範囲、理由および理由を抽出する調書の覚書の種類および程度についての詳細が明らかになる。

Ⅲ．証人が宣誓を為さず、調書がその理由を報告しないときは、裁判所が、無宣誓に対して基準を与える視点について、関係人を不明瞭な状態に置いたという一事に上告の理由を求める可能性が存在する⁽¹⁾。

調書はすでに刑事訴訟法第274条により、裁判所が、理由について関係人を教導したか否かに対する証拠方法である⁽²⁾。

ⅩⅩ 準備手続における宣誓（第65条）

Tn Voruntersuchung ist die Vereidigung nur zulässig, wenn

1. Gefahr im Verzug ist oder
2. der Eid als Mittel zur Herbeiführung einer wahren Aussage über einen für das weitere Verfahren erheblichen Punkt erforderlich erscheint oder
3. der Zeuge voraussichtlich am Erscheinen in der Hauptverhandlung verhindert sein wird oder
4. dem Zeugen das Erscheinen in der Hauptverhandlung wegen großer Entfernung nicht zugemutet werden kann.

Ⅰ．準備手続は、検察官の手中にある手続の部分で、公訴の準備の役をするものである。（刑事訴訟法第158条以下）公訴を提起させる手続（刑事訴訟法第172条以下）は、同じく準備手続に属する。ゆえに、高等裁判所により命ぜられた捜査（第173条第3項）の進行中に証人尋問が行われるときは、第65条が適用される。

Ⅱ． 1) 宣誓をさせて行う尋問は、準備手続においても裁判官によってのみ行うことができる⁽¹⁾。そのような尋問は、通常、検察官の申立によって行われる⁽²⁾。そのことは、刑事訴訟法第162条により明かである。もちろん区裁判所判事もまた、第165条、166条により自ら宣誓をさせて尋問することを決定することができる⁽³⁾。

2) 第66条 a が顧慮されるべきである。これに反し、検察官が請求する尋問に対しては、第66条 b は適用されない、けだし、第66条 b 第2項が示すように、ここでは常に、裁判所の委任または嘱託が前提とされるから。しかし、第173条第3項により公訴を提起させる手続における尋問が受命裁判官により行われるときは、第66条 b が適用される。しかしその場合には、第65条が受命裁判所ならびに受命裁判官によって顧慮されねばならない。

3) 手続は重罪、または軽罪に関わる（第65条第2項）。

Ⅲ． 1) 証人の宣誓についての判定は区裁判所判事がこれを行い、尋問を請求する検察官は行わない。区裁判所判事が宣誓を指向する検察官の請求を拒否するときは、検察官は抗告権を有する⁽⁴⁾。（第304条）。しかし、宣誓そのものに関わる請求は必要でない。そのことは、「遅滞の危険」の場合には全般的に承認され、そして通常、刑事訴訟法第165条により推定される。これに反し、第65条に規定された他の場合に対しては検察官の請求を必要とする、と説かれるが、そのことは、本文からも法条の意味からも生じない。証人が公訴提起に対し、恐らくは決定的な点について、宣誓の下においてのみ「真実」に従うであろう、ということを裁判官自ら認識することは全く可能なことである。請求の欠缺の場合に宣誓が許されない理由は理解し難い⁽⁶⁾。

2) 法律上の宣誓禁止（第60条）は裁判官により顧慮される。第63条の宣誓拒否権も同様である。しかし、区裁判所判事は、宣誓させるか否かの問題を、判決裁判所の決意に対し排他的基礎を構成する刑事訴訟法第59条以下により判定するのみならず、宣誓の許容が依拠する刑事訴訟法第65条の特別の要件を確認しなければならない。しかし宣誓の「必要性」は、その「許容性」と共に無制限に与えられることを得ない。

a) 遅滞するに於ける危険—区裁判所判事による速座の宣誓がなければ、公判のために宣誓されたものとして評価される供述が最早得られない懸念があるときは、「遅滞するに於ける危険」が存在する。たとえば証人が、公判前に死亡するときは、証人が公判において宣誓の下に尋問されねばならないときにも、刑事訴訟法第251条第1項により、無宣誓の供述を（公判において）朗読することができる。しかし、証人の宣誓の欠缺は供述の証拠価値を害することがあり得る。ちなみに、それは、準備手続における宣誓によって予防することができる⁽⁷⁾。

b) 爾後の手続に対して重要な点に関する真実の供述を招来するための手段としての宣誓—顧慮されるべきは捜査手続およびその手続上の目標であり、公判における証拠調ではない。しかし、罪を帰せられるべき特定の者に関し、十分な（刑事訴訟法第203条）嫌疑の問題を解明するのは検察官の責任である。かくてたとえば、官庁に未知の「被疑者」の人格に関する真実の供述を証人から獲得するために、宣誓の強制が必要とされるであろう。

3) 証人が宣誓させられるときは、第65条に基づく理由が調書に記載されることを必要とする。

第65条において述べられた二つの宣誓理由に関しては、裁判官の広汎な裁量が問題とな

る。裁判官が誤って要件の一つを採用するとしても、かかる錯誤それ自体は、爾後の手続に関しても、判決の成立に関しても障害とならない。ライヒ裁判所は、すでにその判決⁽⁸⁾において適切に述べて曰く、第251条第4項第2段によれば、宣誓の事実のみが確認され、宣誓の理由は確認されない。かつ、第66条aは、裁判所が宣誓理由を採用する動機となった事実の描出を要求しない。最後に、第65条により使用された宣誓の要件のあいまいさと不確実さを再審査が排除する、と。ゆえに、その他、刑事訴訟法第251条の要件が存在することときは、供述は宣誓のうえで為されたものとして朗読される⁽⁹⁾。宣誓が、区裁判所判事がその要件を看過したがゆえに刑事訴訟法第60条の宣誓禁止に違反するときは、宣誓が為されたものとしてこの供述の朗読の後に、証人が公判において宣誓禁止に違反して宣誓を行った場合に生ずるであろうと同じ状態が存在する。

Ⅳ. 準備手続において宣誓のうえ尋問された証人を公判において尋問することを得るときは、そのことが行われねばならない。刑事訴訟法第251条により準備手続において成立した調書の朗読が行われることがなければ、尋問と宣誓が繰り返されることを要する⁽¹⁰⁾。

XII 予審における宣誓 (第66条)

In der Voruntersuchung ist die Vereidigung nur zulässig, wenn

1. Gefahr im Verzug ist oder
2. der Eid als Mittel zur Herbeiführung einer wahren Aussage über einen für das weitere Verfahren erheblichen Punkt erforderlich erscheint oder
3. der Zeuge voraussichtlich am Erscheinen in der Hauptverhandlung verhindert sein wird oder
4. dem Zeugen das Erscheinen in der Hauptverhandlung wegen großer Entfernung nicht zugemutet werden kann.

I. 裁判所による予審 (刑事訴訟法第170条, 178条以下)。第197条第2項による予審の補充もまたこれに属する。

Ⅱ. 予審において尋問される証人の宣誓に関する裁判は、„予審に関する裁判“に属さない。したがって、刑事部の責務でなく、予審判事自身の責務である。刑事訴訟法第196条により検察官は宣誓を請求することができる。しかし、予審判事は、検察官のすべての請求に左右されることが、第65条による区裁判所判事におけるよりもさらに少ない。予審判事が検察官の請求を拒否するときは、検察官は、刑事部に対し、抗告を為すことができる (第304条第1項)。

2) 証人の宣誓に関する予審判事の裁判に対しては、一般のおよび特別 (第66条) の要件に関し、先ず第一に第65条についての説明が妥当する。第2号の下に取り扱われる要件については、予審における手続上の状態ならびに特別目標が顧慮されることが基準となる。

ちなみに、第3号、4号が第1号の下に挙示された宣誓理由を補足する。

Ⅲ. 調書記載については、第66条a参照。宣誓要件の誤った認容の結果については、第65条についての説明参照。

Ⅳ. 予審において宣誓のうえで為された供述は、判決裁判が証人を公判に召喚すること、または裁判所に、刑事訴訟法第223条により尋問させることから解放しない。したがって、第251条を留保して、公判において、尋問および宣誓を反復することを要する。

XXII 調書記載（第66条 a）

Wird ein Zeuge außerhalb der Hauptverhandlung vereidigt, so ist der Grund der Vereidigung im Protokoll anzugeben.

I. 第66条 a は、第65条、66条に関係を持つ。それは第223条による尋問に対しては基準とならない。かかる尋問における本来の宣誓義務に関しては、刑事訴訟法第64条が基準とならねばならない⁽¹⁾。

第173条第3項にもとづく尋問にあっては、第65条の基準的意義のゆえに第66条 a が顧慮される。

II. 宣誓理由の調書記載については、宣誓を基礎づける法条を参照すれば足りる⁽²⁾。

XXIII 受命・受託裁判官の尋問の際の宣誓（第66条 b）

- (1) Wird ein Zeuge durch einen beauftragten oder ersuchten Richter vernommen, so entscheidet zunächst dieser über die Vereidigung.
- (2) Die Vereidigung muß, soweit sie zulässig ist, erfolgen, wenn es in dem Auftrag oder in dem Ersuchen des Gerichts verlangt wird. Der vernehmende Richter kann die Vereidigung aussetzen und einer neuen EntschlieÙung des beauftragenden oder ersuchenden Gerichts vorbehalten, wenn bei der Vernehmung Tatsachen hervortreten, die zu uneidlicher Vernehmung berechtigen würden. Diese Tatsachen sind in das Protokoll aufzunehmen.
- (3) Die Vereidigung darf nicht erfolgen, wenn die uneidliche Vernehmung verlangt wird.

I. 受命裁判官は、判決裁判所により発令された構成員であり、したがって、命令する裁判所自身に属する⁽¹⁾。受託裁判官は、司法共助の方法で、一つの裁判所から登場する裁判官である⁽²⁾。

II. 第66条 b によれば、二つの可能性が区別されねばならない。

1) 命令する裁判所、または委託する裁判所が、宣誓の問題に対して態度を決めなかった場合、受命裁判官または受託裁判官が、宣誓を為さしめるか否かについて判定する。

a) 刑事訴訟法第223条による委任尋問または委託尋問に関するときは、原則として宣誓から出発することを要する。しかし、第60条、61条、62条、63条が顧慮されるべきである。

b) 他の場合においては、第65条、66条が顧慮されるべきである。たとえば、第173条第3項による控訴裁判所の刑事部の成員が尋問を遂行する場合、または司法共助の方法により予審判事により囑託された区裁判所判事が証人を尋問する場合がそれである。刑事訴訟法第162条により検察官の請求により関与する裁判官（受命裁判官でも受託裁判官でもない）については第65条の説明参照。

a) および b) の場合、受命裁判官または受託裁判官が、まず自ら判定する。彼が宣誓を為さしめないときは、なお後になって、命令または囑託する裁判所によって宣誓させることを求められることがあり得る。そのときは、彼には第2項が適用される。

彼が宣誓をさせても、命令または囑託をする裁判所がこれを承認しないときは、供述は

無宣誓として評価されねばならない⁽³⁾。

2) 授命裁判所または嘱託裁判所は、自ら宣誓の問題に態度を決意することができる。

a) 裁判所が無宣誓尋問を要求するときは、尋問裁判官は決して宣誓を決意してはならない(第32項)。

b) 裁判所が宣誓による尋問を要求するときは、尋問裁判官は、合目的性ではないが、合法性(許容性)を検討しなければならない。彼がこれを否定するときは、第2項により手続を執るであろう。尋問裁判官に無宣誓の決定を為さしめる事実は調書に記録されねばならない。その場合、公判において調書が朗読されるときは、第251条第4項第2段により、宣誓が行われなかったことが確認されることを要する。ただ、関係人によって、それが許容されないものとして異議をとなえられるときにのみ、公判において、さらに裁判所の決議を必要とする⁽⁴⁾。

XXIV 宣誓の方式(第66条c)

(1) Die Vereidigung erfolgt in der Weise, daß der Richter an den Zeugen die Worte richtet: „Sie schwören bei Gott, dem Allmächtigen und Allwissenden, daß Sie nach bestem Wissen die reine Wahrheit gesagt und nichts verschwiegen haben“ und der Zeuge hierauf die Worte spricht: „Ich schwöre es, so wahr mir Gott helfe“ .

(2) Der Eid kann auch ohne religiöse Beteuerung geleistet werden.

(3) Der Schwörende soll bei der Eidesleistung die rechte Hand erheben.

I. ボン憲法第140条は、ワイマール憲法第136条第4項を現行法とした。従って、 „何人も教会の行事もしくは儀式に参列し、または、宗教的行為に参加し、もしくは宗教上の宣誓の方式を用いることを強制されない“ 。それゆえに、第2項は宗教的宣誓方式の省略を承認する。宣誓を行うこと自体が „宗教的行為“ である、と理解することを得ない。

宗教的宣誓の省略は、宣誓の訴訟的意義および真実に合した供述に対する証人の義務に関し何ものをも変更しない。証人が、さらに、宗教的誓言を付加し、または、彼がその宗教心によって、第3項に規定された外的儀式を拡大することは差し支えない⁽¹⁾。

II. 1) 宣誓方式は、1933年の新法以前には、なお、 „何事も付加しなかった“ という言葉を含んでいた。それは結局、 „何事も黙否しなかった“ という言葉と同様に不必要である。けだし、 „純粋な真実“ は何れとも調和しないからである。何はともあれ、 „何事も黙否しなかった“ は、証人にとり心理的に意義がある。証人が証言拒否権に基づいて省略したところのものは(例、第55条)、方式の意味における黙否とみなすことを得ない。したがって、方式はかかる場合にもまた変更なしで利用され得る。証人に対する教示は、その限りにおいて妥当である⁽²⁾。

2) „最良の知識“ という言葉は、宣誓を確信的宣誓としない。

XXV 啞者の宣誓(第66条d)

(1) Stumme leisten den Eid in der Weise, daß sie die Worte: „Ich schwöre bei Gott dem Allmächtigen und Allwissenden, daß ich nach bestem Wissen die

reine Wahrheit bekundet und nichts verschwiegen habe“ niederschreiben und unterschreiben. Stumme, die nicht schreiben können, leisten den Eid mit Hilfe eines Dolmetschers durch Zeichen.

(2) Die Vorschrift des § 66c Abs.2 gilt entsprechend.

Ⅰ. 通訳人の援助（召喚）については、裁判所法第186条参照。

Ⅱ. 1) 啞者にあつては特に第60条第1号が留意されるべきであろう、とりわけ、文字が書けないことが明らかになるときは⁽¹⁾。

2) 第66条dは次のことを前提とする。

a) 証人が事実上啞者であること。証人が供述義務を回避するために啞を虚構するものであることを裁判所が認識するときは、刑事訴訟法第70条が適用される。裁判所が、証人によって主張された啞に関して排除し難い疑惑を有するときは、刑事訴訟法第70条は適用されず、裁判所は証人を啞として通用せしめねばならないであろう⁽²⁾。

b) 供述が行われたこと。証人の啞が克服し難い弁論無能力を意味することがあり得る。そのような場合には、かかる証人は、証拠方法としては脱落する。

証人の啞は、適当と思われる認識手段によりこれを確認することができる（自由証拠）。

3) 何が „信号による“ 宣誓として妥当するかは、裁判所が場合の状況に応じて決定する。

XXVI 宣誓に代る誓約方式（第66条e）

Gibt ein Zeuge an, daß er Mitglied einer Religionsgesellschaft sei, der das Gesetz den Gebrauch gewisser Beteuerungsformeln an Stelle des Eides gestattet, so steht eine unter der Beteuerungsformel dieser Religionsgesellschaft abgegebene Erklärung der Eidesleistung gleich.

Ⅰ. 問題の宗教団体は、その誓約方式の使用が法的に承認されていなければならない。各邦法が基準となる。連邦法は存在しない。古い各邦法（プロイセンのそれも）の継続的効力については疑は存しない⁽¹⁾。

Ⅱ. 証人が当該宗教団体に所属することについて確める方法は裁判所に任される。第66条eは誓約形式の使用を証人の „申告“ にかからしめ、宗教団体への実際の所属にかからしめないから、ますます裁判所は証人の単純な表明で満足することができる。証人が裁判官を欺くときは、そのことはすべての点において無価値となり、証人は宣誓させられる（第59条の意味において）。意識的な不真実供述の実体上の効果は、刑法第154条、155条第1号を基準とする⁽²⁾。

証人が申告した宗教団体に対し、具体的な宣誓の代りに特別な誓約方式が、法律により規定されているかどうか、かかる方式がいかなる内容のものか、そのほかになお別の方式（たとえば握手、誓約のしるしとしての約束）が規定されているか、これらすべては裁判所が職権をもって確認することを要する。法律が、1827年11月3日のプロイセン法により、メンノー派教徒に対しての場合の如く、誓約方式と握手とを規定するときは、宣誓および別の表示によるその代替に関する規定は強行的性質のものであるから⁽³⁾、両方式が履行されねばならない。そうでなければ供述は宣誓されていないことになる。

Ⅲ. 誓約方式の本文は調書に記載されない。調書からは、ただ、法的に要請される方式

が履行された、という事実が推定されることを要するのみである。調書に証人がメソニー派教徒である、と自称したということが記載されるときは、調書の記載は、証人が握手によって証人宣誓を為したこと、彼が1827年11月3日のプロイセン法において要求されたメソニー派教徒の宣誓を握手により行ったこと、したがって、メソニー派教徒の特別の誓約方式を使用したことを意味する⁽⁴⁾。

XXVII 反復された尋問一前に為した宣誓の援用（第67条）

Wird der Zeuge, nachdem er eidlich vernommen worden ist, in demselben Verfahren oder in demselben Hauptverfahren nochmals vernommen, so kann der Richter statt der nochmaligen Vereidigung den Zeugen die Richtigkeit seiner Aussage unter Berufung auf den früher geleisteten Eid versichern lassen.

I. 第67条は、先ず、同一の公判前の手続とは何か、同一の公判とは何かの問題の解明を要求する。

1) a) 公判前の手続は準備手続および裁判所の予審を意味する。それは判決裁判所に対する起訴状の提起（第170条第12項）によるか、または予審の終結（第197条第3項）により終了する。同一性は被疑者の人格および行為により決定される。それが併合および分離（刑事訴訟法第4条）によって影響を受けるのは、併合開始前、または併合の取消後生じた事項が、それがかわる被疑者に対してのみ顧慮される限りにおいてである⁽¹⁾。したがって、ZがAに対する検察官の準備手続において宣誓のうえ尋問されるとき、予審判事がBに対する手続をAに対する手続と併合するときは、予審判事は、ZをBに関しても尋問する場合には、Zを宣誓させねばならない⁽²⁾。反対に、AおよびBに対して、共犯のことで予審が開始されたとき、ZがAに対する予審において宣誓のうえで供述し、そしてその後、Bに対する手続が分離され、ZがBに対する予審手続において宣誓のうえで尋問されるべきときは、新たに宣誓させられる⁽³⁾。

b) 公判前の手続において宣誓のうえで尋問を受けた証人が、中間手続（第202条第1項により）または公判手続において一第223条による公判外においてであれ、公判内においてであれ一新たに宣誓のうえで尋問されるべきときは、第67条は適用されない⁽⁴⁾。

2) 公判手続は、公判開始決定（第203条）をもって開始し、判決の確定力をもって終結する。上級審の公判手続は、第一審の公判手続と同じ公判手続に属する。公判手続は、控訴または上告によって異議を申し立てられた判決が破棄され、案件が前審に差し戻されるときにもまた同一である⁽⁵⁾。証人が宣誓のうえ尋問された公判が11日間の休止の後、新たに開始されねばならず、そして証人の新たな尋問が必要になるとき、第67条は、いよいよその適用を見出すことができる。

3) 証人の宣誓のうえでの尋問後、案件を第270条により上級審へ移送し、そして証人が上級審において、新たな供述を行う場合にも第67条が適用されると解するのは疑問である⁽⁶⁾。ただし、移送の決定は第270条第3項によれば開始決定の効力を有するからである。そのような決定により新たな公判手続が開始する。

証人が公判において尋問の後宣誓をさせられ、そして同一公判において、もう一度尋問を受けねばならぬときは、すくなくとも、行われた宣誓を第67条により援用することを要する。

再審（刑事訴訟法第359条以下）は、公判手続の確定力ある判決に適した終結に対して向けられる。再審手続は公判手続の将外に出る⁽⁷⁾。

Ⅱ．証人によって与えられる証言に対する特別の方式は規定されていない。しかし、第67条に従うべきならば、証人が、前に為された宣誓を援用して自己の供述の正確さを保証するものであることを証人自身表明することが留意されるべきである。ゆえに、裁判官が再度の尋問に際して、証人が、なお宣誓の下にあること、または、前に為された宣誓が新たな供述にもかかわることを、一方的に証人に告げるのは十分でない。これは全く支配的見解である。

Ⅲ． 1）保証または新たな宣誓の承認および必要に関する裁判は、差し当り、裁判長がこれを行い、刑事訴訟法第283条第2項による異議申し立てに当たっては、裁判所がこれを行う。この場合にもなお、宣誓禁止が顧慮されるべきことは、もちろんである。さらに、証人は宣誓拒否権を行使できる（第63条）。

2）裁判長（および裁判所）が新たな宣誓を要請するときは、証人は保証表明を申し立ててこれを拒否することを得ない。けだし、新たな宣誓が為さるべきか、前に為された宣誓の援用が行われるべきかは、ただ、裁判官のみがこれを判定するものであって、しかも、自由裁量によりこれを為すことができるからである。

3）裁判官が、証人が同一手続段階において既に宣誓を行ったと誤認し、よって、臆断的に以前の宣誓の援用を承認するときは、証人の訴訟法に適した宣誓と称することを得ない。この場合の供述は宣誓されておらず、そのようなものとして評価されねばならない⁽⁸⁾。連邦裁判所により主張された見解—公判前の手続において宣誓せしめられ、公判においては、たんに、第67条による保証のみを与える証人が、自身をなお宣誓下にあるものとみなす場合、判決に影響を与える手続の欠缺は存在しない—は疑わしい⁽⁹⁾。判決の成立には証人の思惟した事項は問題にならない。かかる場合には、裁判所が無宣誓の供述を宣誓された供述と評価することが標準となる。裁判所が証人の思惟に依拠するのは誤謬である。

XXVIII 人定尋問（第68条）

Die Vernehmung beginnt damit, daß der Zeuge über Vornamen und Zunamen, Alter, Stand oder Gewerbe und Wohnort befragt wird. Erforderlichenfalls sind dem Zeugen Fragen über solche Umstände, die seine Glaubwürdigkeit in der vorliegenden Sache betreffen, insbesondere über seine Beziehungen zu dem Beschuldigten oder dem Verletzten, vorzulegen.

Ⅰ． 1）前段（„oder“ は文法上の誤り）は人的問題、後段はいわゆる一般問題を取り扱う。前段は、通常いわれるように⁽¹⁾、たんに訓示規定と見なすべきでない。証人が裁判所に熟知された者であるときは、人的問題の地位は „空虚な形式“ であり得る⁽²⁾。しかし、前段が人違いを防止すべきであり、そして、かかる事態がいかに重大であるかをライヒ裁判所判決⁽³⁾が示す。前段が強行法と解せられるべきことは、これをもって、その違反は常に上告審における判決の破棄に導くことを意味するものではない。判決が違反に基づくか否かが重要である（第337条第1項）。証人の経歴が問われなかったゆえに人違いが生じたときに、間接的に、そのような事態があり得よう。同時に、それにより他の手続規定が侵害され得るということ（たとえば、第60条、第245条第1項「召喚された証人の代り

に別の者が出頭し、したがって、召喚された証人は尋問を受けなかった」も上述の事柄と矛盾しない。前段を強行規定とする見解は裁判所をして重要な点において細心の尋問を為さしめる。

2) 後段は、その表現から推定される如く訓示規定である⁽⁴⁾。

Ⅱ. 人的問題においては、証人の宗教問題については論及されない。ワイマール憲法第136条第3項の意味において、宗教団体への所属の問題は、刑事訴訟法第66条eのゆえに重要であろう。一般に裁判所は、証人の宗教または信仰告白に関与すべきでないであろう。

証人の血統および人種に向けられた質問は、それが（たとえば、証人として出頭した被害者に関し）解明されるべき事態に関し重大であるときにのみ許される⁽⁵⁾。

Ⅲ. 証人の前科の問題は、信憑性の問題に属する。

被疑者および被害者に対する関係は、刑事訴訟法第52条第55条第61条第2号、第63条に関して解明を必要とする。問題になる関係が裁判所に既に知られているときは、尋問を必要としない。一定の関係が問題となり得ない場合も同様である。特定の動機があるときのみ「関係」に対する質問が提起されるべきであるとする連邦裁判所の判決（RGSt Bd. 16 S.214）は反論されるべきであろう。しかし、裁判所がすでに積極的または消極の関係において、確実性を有しないときは、第52条第2項、第55条、第63条による教示義務のゆえに、「動機」が常に存在する⁽⁶⁾。

Ⅳ. 1) 証人が、履歴または一般的事項に関して、彼に向けられた裁判長の質問を許容し難いものとなすときは、刑事訴訟法第238条第2項による異議の可能性を有する。ただし、証拠調の要素としての証人尋問は「訴訟指揮」に属するからである。

2) 証人は、人的関係の尋問または（審理前の予備的な）一般質問に関する供述を刑事訴訟法第55条の範囲においてのみ拒否することができる⁽⁷⁾。

V. 調書は人定尋問の提起と回答を含むことを要する⁽⁸⁾。調書記入を欠くときは、第274条により当該尋問（たとえば年令に対する）は提起されなかったものと見なされる。

XXIX 不名誉となるべき質問（第68条a）

(1) Fragen nach Tatsachen, die dem Zeugen oder einer Person, die im Sinne des § 52 Abs.1 sein Angehöriger ist, zur Unehre reichen können, sollen nur gestellt werden, wenn es unerlässlich ist.

(2) Der Zeuge soll nach Vorstrafen nur gefragt werden, wenn ihre Feststellung notwendig ist, um über das Vorliegen der Voraussetzungen des § 60 Nr. 2 oder 3 zu entscheiden oder um seine Glaubwürdigkeit zu beurteilen.

I. ここに不名誉な事実とは、刑事訴追の危険はもたらさないが、道徳的低評価の危険をもたらす可能性のある事実、まじめな証人またはその親族の名声を傷ける可能性のある事実を云う。

Ⅱ. 発問の不可欠は、裁判所の真実の探究義務から生ずることを要するが、たんに主たる事実についてのみ生ずることを要せず、補助的事実または間接証拠に対する関係でも足りる。

Ⅲ. 第52条第1項の意味における親族関係が婚姻によって媒介される限り、婚姻の存続

は重要でない⁽¹⁾。

Ⅳ．第68条aは、第240条第1項により証人に対し発問することのできる者にも適用される。第68条aにより判断されるべき許容性に関する疑義のある場合には、第242条が適用される。

V．1) 特に第2項によれば、証人の前科に対する質問に対しては、特別の事項が適用され、その許容性は第1項に比しさらに狭められる。

2) ここでは1920年9月4日の刑罰免除法第4条第4項が顧慮されるべきである。それによれば、証人は「未だ免除されない他の有罪判決が対立しない限り不可罰として表示され得る」。特別の理由から行われる裁判所（または検察局）の命令は免除された前科に関してもまた証人の報告義務を免除する。

3) 第68条第2項は、特に証人の前科を確認するための訴訟参加人の申し立てに際して重要である⁽²⁾。事実審の裁判官は自己の裁量によって、第68条a第2項によりそのような申し立てが許容されるか否かを裁判しなければならない。明白な裁量の濫用がない限り、彼の裁判は上級審において攻撃されない。

4) 第68条a第2項により証人の前科を確認することが許されるべきときは、前科の行為を引照し、刑罰を宣告した判決を朗読することも許される。後者は、証人が、前科は認容するが、それは彼に対して不法に云い渡されたものであると主張するときにまさに必要である。刑事訴訟法第249条とは矛盾しない、けだし、公判被告人に関する刑事判決への限定を含まないから⁽³⁾。

Ⅵ．第68条a第2項により裁判長が質問する。第238条による異議の申し立ては、裁判所の決定へ導く⁽⁴⁾。

Ⅶ．形式上第68条aは第1項および第2項共に訓示的性格のものである。

XXX 尋問事項（第69条）

(1) Der Zeuge ist zu veranlassen, das, was ihm von dem Gegenstand seiner Vernehmung bekannt ist, im Zusammenhang anzugeben. Vor seiner Vernehmung ist dem Zeugen der Gegenstand der Untersuchung und die Person des Beschuldigten, sofern ein solcher vorhanden ist, zu bezeichnen.

(2) Zur Aufklärung und zur Vervollständigung der Aussage sowie zur Erforschung des Grundes, auf dem das Wissen des Zeugen beruht, sind nötigenfalls weitere Fragen zu stellen.

(3) Die Vorschrift des § 136a gilt für die Vernehmung des Zeugen entsprechend.

I．1) 以前の刑事訴訟法と異なり、第69条は証人尋問の遂行について詳細な規定を含まない。「陥弊的」または「誘導的」発問の明示的禁止は刑事訴訟法には採用されていない。同時にそのような質問は許容できなくなった。けだし、それは裁判所の真実発見義務と相容れず、ゆえに、かかる義務に違反することにより、訴訟法に違反するからである。古い見解にはこれと異なるものがある。たとえば、Bennecke-Beling S.354 は真実探究に適切であれば、かかる傾向も許されると解する。しかし、それは最初から価値の疑わしい証人の供述を採用することを欲しないドイツ訴訟法の根本思想と全く矛盾する。

2) 証人に、事項に対する知識の関連的供述をさせることは強行規定である⁽¹⁾。

証人に真実を保証させるため、または彼に変更の機会を与えるために、以前に為された供述を証人に対して先ず一度朗読することは、受訴裁判所ならびに受命裁判官もしくは受託裁判官において、全然許容されないであろう⁽²⁾。証人の供述を複製された書面により代替することは、少なからず手続法違反である⁽³⁾。理解のために、一つの訴訟資料について個々の部分に分けて審理される必要がある場合に、証人が、多くの部分または全体を包括する知識を個々の部分に対して、その都度分けて供述するときは、第69条第1項第1段に違反しない（その場合関連している限り）。

調書には、証人の供述内容を報告するために、以前の記録の引用が可能である。しかし、調書は、証人が関連において裁判官の面前に現われたことを明らかにしなければならない。そして以前の記録が引用により調書に採り入れられるときは、現在の供述が、以前の調書に固持される供述と一致することを証人もまた確信するために差し支えなければ、証人に対し、もとの記録が朗読されるということがそのための要件である⁽⁵⁾。

証人が関連的に供述することができない場合、第69条は彼を断念する理由とはならない。その場合は、彼は最初から尋問されねばならない⁽⁶⁾。

3) 第1項後段は本条の冒頭は置かれた方が良かったであろう。けだし、証人は先ず供述するように仕向けられる前に、当然、供述の主題を知る必要があるから。絶対的強行的性格が、後段の権利として主張されるべきである（異説 Schwarz § 69 N.2）。強行的性格を有する前段に照応する、裁判所および証人の訴訟法上の態様に対する要件が、それ自身訓示的意義しか有しないということはない⁽⁷⁾。

審問事項は、裁判所により解明されるべき歴史的イベントである。それを表示するためには、詳細な弁論なしに、同一人物たることを確める発言で十分である。被疑者の人格は、予審、中間手続および公判手続において常に周知されている。準備手続においては、嫌疑者（Verdachter）が既に被疑者（Beschuldigter）であるか否かは、時として疑わしいことがあり得る。かかる不確実な段階における尋問の主旨の表示に際して被疑者の姓名の挙示が必要か否かは、姓名なしに尋問の主旨の十分な確認が可能であるか否かに依拠する。

4) 第2項は証人の関連報告が為された後、証人に対し更に質問を為すことを許す。知識の基礎を探究することは、間接証拠および直接証拠の区別を犯さないために極めて重要である。証人Zが解明されるべき事件を自ら観察したのか、またはYがそれについて語るのを聞いたのかは、彼の供述の証拠価値に対して決定的な意義を有する⁽⁸⁾。

解明のための質問に関連して、証人に訴訟記録を知らせることが許されるか、如何なる範囲で知らせるべきかの問題が生ずる。裁判官が訴訟記録（調書）を通して、発問の動機を与えられることは、すべての裁判官の尋問に当たり自明にして考慮を要しないことである。刑事訴訟法第253条は、さらに、証人の記憶の援助のために、同時にまた、以前の供述との矛盾の解明のために、彼の以前の（裁判官による、または裁判官によらない）尋問に関する調書の、これらに関連ある部分を証人のために朗読することが許される旨を示す。証人が、爾後、彼によって為される尋問につき表明せねばならないとき、尋問者として自ら作製した調書をそれらの調書と同視することは有意義であろう。朗読が許されるときは、証人が調書を閲覧することに対して異議の申し立てはあり得ない⁽⁹⁾。しかし、刑事訴訟法は、相異なる証人の供述の間の矛盾を解明するために、他の証人供述について作製された調書を証人のために朗読することを得るや否やについては規定を欠く。第251条に挙示

された理由の一つから、他の証人の前に行われた供述—それと現在尋問された供述が矛盾する—が朗読を許されない限り、そのことはただ証人らの尋問と対審とによってのみ行うことが許される⁽¹⁰⁾。証人が尋問に際し、いかなる範囲において自己の記録類、覚書を利用できるかは別個の問題である。尋問に対する準備のために尋問前にそれらを利用することを彼は妨げられないから、尋問に際して記憶を保持するための利用に対しても異議を受けないであろう。否、裁判所がそのような記憶保持の種類、性質、由来を認識することができることは有意義であり得る。証人が自己の記録類を朗読することは、第69条に違反するがゆえに許されないであろう。裁判長による朗読もまた許されないであろう（証人が、これは彼自身の供述と見なされるべきであると表明できるときでさえも）⁽¹¹⁾。証人が職務上作製した報告は、彼が自己のために作製した文書と同視することが許されるであろう。

Ⅱ. 証人は、刑事訴訟法第136条 a によって保護される。しかも、あらゆる尋問に際して。強制手段としては、ただ、第51条および第70条に規定されたものが顧慮される。第81条は適用できない。証人の精神的健康状態が疑われるときは、精神病の鑑定人の面前で尋問されることが許される。

刑事訴訟法は証人の勾留を知らない⁽¹²⁾。

Ⅲ. 予審における証人尋問については、第187条参照。公判における証人尋問については第238条乃至第243条が顧慮されるべきである。聾または啞の証人尋問に当たっては裁判所法第186条参照。

XXI 証言または宣誓の拒否に対する強制手段（第70条）

- (1) Wird das Zeugnis oder die Eidesleistung ohne gesetzlichen Grund verweigert, so ist der Zeuge in die durch die Weigerung verursachten Kosten sowie zu einer Ordnungsstrafe in Geld und für den Fall, daß diese nicht beigetrieben werden kann, zur Strafe der Haft bis zu sechs Wochen zu verurteilen.
- (2) Auch kann zur Erzwingung des Zeugnisses die Haft angeordnet werden, jedoch nicht über die Zeit der Beendigung des Verfahrens in dem Rechtszug, auch nicht über die Zeit von sechs Monaten, und bei Übertretung nicht über die Zeit von sechs Wochen hinaus.
- (3) Die Befugnis zu diesen Maßregeln steht auch dem Untersuchungsrichter, dem Amtsrichter im Vorverfahren sowie dem beauftragten und ersuchten Richter zu.
- (4) Sind die Maßregeln erschöpft, so können sie in demselben oder in einem andern Verfahren, das dieselbe Tat zum Gegenstand hat, nicht wiederholt werden.

A. 総説

1. 第70条は、すべての手続部分における裁判官による尋問のみに関する。本条は証人に対して、いかなる刑罰処分および強制処分が行われ得るかを余す所なく規定する。その他の強制手段は排除される—特にすべての物理的強制は。検察官および警察官は、証人に対し決して刑罰手段および強制手段を有しない。

刑罰手続および強制手続は、その実行によって与えられる証人の自由および財産に対す

る影響の実体法上の適法性が係る要件に最も厳格に留意しなければならない裁判官の二重作用的訴訟行為である⁽¹⁾。

Ⅱ．第70条は証人の供述および宣誓義務に係わる。後者に関する事柄は、第2項にも適用される。ただし、第2項は、ただ証言についてのみ語り宣誓については語らない⁽²⁾。

Ⅲ．第1項は行われた不服従に対して費用の賠償ならびに秩序罰を、第2項は、合訴訟法的態度を招来するための拘留を規定する。しかし、不真実な供述が訴訟法上罰せられないと同様に、供述の真実性は強制によって影響を受けない⁽³⁾。

Ⅳ．1) 賠償と秩序罰の規定は、強行規定である。拘留は裁判官の裁量による。

2) 訴訟法違反の処分が、如何なる結果を伴うかが問題である。

a) 第1項、第2項の処分を云い渡された証人には抗告権が発生する。

b) 裁判官が第1項の強行規定に反して費用賠償および秩序罰の言渡をせず、または第2項により与えられた可能性を利用しなかったとしても、これらの不作為に対し上告は許されない。ただし、有罪の言渡をしないことは(第1項)判決の内容に影響を及ぼすことはできず、そして、拘留は明白な裁量の濫用がない限り、評価的再審を免れる自由裁量によって、裁判官がこれを科することを要するから⁽⁴⁾。

c) 証人により為された供述以外の供述の強制のために拘留を云い渡すときは、かかる違反に対する上告が支持される。証人が処分により、抗告人にとり不利な不実の供述を為さしめられた „可能性“ が具体的にあるときは、ライヒ裁判所の見解によれば、断固たる法的手段が発動される。しかし、刑事訴訟法第69条第3項と共に第136条を考慮するとき、かかる見解は、今日は狭きに過ぎる。実に、証人は第136条a第1項の意味において禁じられた強制の下に立った。したがって、第136条a第3項第2段、第69条第3項によれば彼の供述は使用できず、判決にそれを使用するときは、たとえそれが真実であっても、判決の破棄に導く、上告を許す(訴訟)手続違反である。

V．第70条の措置は、第51条と独立して並存する。したがって、第51条により確定されるべき刑罰の第70条第1項の刑罰への算入は問題にならない⁽⁵⁾。

Ⅵ．衆議院議員に対しては第51条の説明参照。連邦大統領に関しては第49条の説明参照。

B. 個別的問題

1. 第1項による刑罰

1) 要件—第69条第1項第2段により適法に教示された証人が証言または宣誓を拒否すること。個別的質問の回答が拒否されることで足りる⁽⁶⁾。拒否が存在するか否かは、証人の態度全体から推定される。たとえば、証人が凡そ何事も知らない、というのが如き仕方から、場合によっては、それは(不実の)証言ではなく、証言の拒否であろうと推定されることがあり得る。

証人が自己の証言拒否権、または宣誓拒否権を主張するとしても、裁判所が、そのような権利の存在を否定し、証人が証言または宣誓を行うべきことを決定するとき、証人の証言または宣誓の拒否を排除するのが第70条の措置である。証人が自己の証言拒否権または宣誓拒否権を否定する決議に対して為した抗告は、刑罰の確定を妨げない⁽⁷⁾。

2) 秩序罰罰金の額は、1 ドイツマルク乃至1000 ドイツマルク。

3) 秩序罰罰金は、同一手続または同一犯罪に関する手続において、ただ一度だけ科される。しかも、最高額が直ちに完済されなかった場合でも。第1項の代拘留についても同

様である。第51条第1項第3段に相応する規定が、ここでは欠けている⁽⁸⁾。

証人が、証言または宣誓することを（やむなく）承諾するときも、証人の供述が無くて済むことが明らかになったときでも、執行することを要する（支配的学説）。

Ⅱ．拘留（第2項）

1) 刑事訴訟法は、第1項により可能な代拘留の下にも、第2項の拘留の下にも、何が理解されるべきかを説明しない。Löwe-Rosenberg は、これを刑法第18条に規定された刑事上の拘留罰と同視し、これと同様に執行されることを欲する⁽⁹⁾。これに反し、Eb. Schmidt は、„刑事罰と解される自由剥奪を云い渡すこと（第1項）も、命ずること（第2項）もできない。ただ、訴訟（手続）上の自由剥奪に対する類似が考慮される。ゆえに執行については、刑事訴訟法第116条が適用される“と解する。

2) 第2項は、先ず第1項所定の秩序罰を、次いで拘留を命ずべきである、という風に理解すべきでない。証人の拒否に対し、直ちに拘留の命令をもって回答することができ、そしてそのことが合目的で、有効であろう。しかし、第2項の可能性が利用されるか否かは、常に、裁判所の裁量による。証人は命令に対し、刑事訴訟法第304条第2項による抗告の可能性を有する。但し、それによって（第307条）執行を妨げることを得ない。拒否が、常に議論に価する（余地ある）にもかかわらず、裁判所により否定された証言拒否権または宣誓拒否権に基づくときは、第307条第2項を顧慮することが妥当であろう。

3) 拘留は反復することができる。しかしその際、留意すべきことは、個々の自由剥奪期間の合計が第2項所定の最高限を越えてはならないことである。その他、審級の終了は常に拘留の終了へと導く。しかし、第2項の最高限が尽されないときは、上級審において、否、同一犯罪に関する別の手続においても、新たな拒否がなされるときは、新たに拘留を命ずることができる。

4) 拘留は、審級が終了するか、または最高限が尽されるときのみならず、もはや拘留をもって強制すべき何ものも存在しないときは、すなわち、証人が証言または宣誓するやいなや、さらにたとえば、証人の証言または宣誓が、最早問題でなくなるか、または証人自身が事件の被疑者となり証人として機能することが許されなくなるか、もしくは宣誓が訴訟障害により妨げられることにより、証言または宣誓が顧慮される場合にも打ち切られるべきである。審級は、第一審において、判決に至るまでのすべての手続部分を包含する。そこで、予審において云い渡された拘留は、公判手続において持続することができる⁽¹⁰⁾。

Ⅲ．„云い渡す“という表現（第1項）は、ここでは、第51条におけると同様に解すべきである⁽¹¹⁾。

2) 第3項に規定された権限に関しては、特に、受命裁判官および受託裁判官が、委任裁判所および囑託裁判所に対し、独立しているのか、および委任および囑託の場合に、権限のみが受命裁判官、または受託裁判官に移行するのかどうかの問題について疑義を生ずる⁽¹²⁾。受命裁判官または受託裁判官は、独立して第1項、2項の措置を行うことができるが、しかしその裁判は必然的に、たんに経過的なものであると、解すべきである。委任裁判所および囑託裁判所は、自ら、措置の権利と必要について裁判し、そしてそれらについて、受命裁判官または受託裁判官を拘束する命令を発することができねばならない⁽¹³⁾。

Ⅳ．証人が証言は行ったが、第1項および第2項によるすべての措置を無視して宣誓拒

否を続けるときは、彼の証言が使用できるか、いかなる意味において使用できるかが問題となる。連邦裁判所判決が、かかる証言は宣誓なき証言として、第261条の原則に従って使用できると述べているのは妥当である。場合によっては、右の証言は第251条により朗読することができるであろう。その際、第4項第3段に従って宣誓拒否が確定されるべきであろう⁽¹⁴⁾。

XXII 証人の費用（日当等の請求）（第71条）

Jeder von dem Richter oder Staatsanwaltschaft geladene Zeuge hat nach Maßgabe der Gebührenordnung Anspruch auf Entschädigung aus der Staatskasse für Zeitversäumnis und wenn sein Erscheinen eine Reise erforderlich macht, auf Erstattung der Kosten, die durch die Reise und den Aufenthalt an Ort der Vernehmung verursacht werden.

I. 1925年12月21日の証人および鑑定人に対する費用規則参照⁽¹⁾。

II. 1) 警察による尋問には第71条は適用されない。

2) 費用請求権は、証人が証言を行うことおよび宣誓により証人義務を履行するときのみ生ずる。証人が、彼に属する証言または宣誓を拒絶する権利を行使することは、彼の費用請求権に影響を及ぼさない。彼に対する尋問が放棄されるときにも、彼は費用請求権を有する。

3) 裁判所法第165条参照。その第3項は官庁の前払義務のゆえに重要⁽³⁾。

注（第53条）

- 1) 1905年にまで及ぶ予備作業については Löwe-Rosenberg § 53N. 21. 参照。該規定は1945年の崩壊後占領軍により削除されたが VereinhGes 第3条第17号により回復。Eb.Schmidt Lehrkommentar zur Strafprozessordnung Teil II S.122.
- 2) RGSt Bd.47 S.49(50), LK(6./7. Aufl.) § 359 N.11. ただし特別の要件の下に聖職者および „教会役員“ が刑法第359条の意味における公務員と見なされる。RGSt Bd.57 S.23, v. Liszt-Schmidt Lehrb. [25 Aufl.] S.817 Anm. 2, 818 Anm. 4.
- 3) RGSt Bd.13 S.60(62), Bd.66 S.273(274), Eb. Schmidt Der Arzt im Strafrecht 1939 S. 31ff., Löwe-Rosenberg § 53N. 2, KMR § 53N. 1, Feisenberger § 53N. 2.
- 4) Löwe-Rosenberg § 53N. 2, RG in JurW 1912 S.943, 1914 S. 435, Eb.Schmidt Der Arzt im Strafrecht 1934 S.64ff.
- 5) RGSt Bd.71 S.22 (von Erbs § 53 II falsch gefaßt), Eb.Schmidt a.a.O S.66ff., KMR § 53N. 2.
- 6) Erbs § 53 II.
- 7) Löwe-Rosenberg § 53N. 6
- 8) KMR § 53N. 6Nr.1 は正当。反対 Stein-Johnas § 383 III 1 (これによれば、あらゆる宗教団体の牧職がその信任厚い地位を顧慮して聖職者と見なされる)。
- 9) LG Fulda SJZ 1950 Sp 826 (auf ZPO § 383 bezüglich).
- 10) Alsberg Entsch. I Nr.184., Löwe-Rosenberg § 53N. 7, RG in JurW 1928 S. 2142 (精神的保護の行使に際し懺悔の内容のみならず、懺悔の経過の事実そのものも打ち明けられた事

柄に属する)。

- 11) Löwe-Rosenberg § 53N. 12 bis 14.
- 12) Rechtsanw Of.d. brit Z. § 7 Abs.3 Satz 2).
- 13) Wollenweber-Hünerbein Der Arzt des öffentlichen Gesundheits dienstees 1950 S.83ff.
- 14) Reichsärzte O § 13 Abs.2, Reichsapotheker O vom 18. 4. 1937 § 24.
- 15) Löwe-Rosenberg § 53N. 17.
- 16) RGSt Bd.57 S.63(66), Bd.61 S.384, Bd.66 S.273 (=Jur W 1932 Sp.3355 [Nr.26]);
詳細については Eb.Schmidt Der Arzt im Strafrecht 1939 S.32ff., R. Lehmann Jur W 1932 S.3356, KMR § 53N.6Nr.3, Erbs § 53 II, Löwe-Rosenberg § 53N.15.
- 17) RGSt Bd.61 S.184
- 18) 通説である。なお RG in Jur R 1927 Nr.1795
- 19) 特に Ulmer Urheber-und Verlagsrecht 1951, S.237ff., 239.
- 20) RGSt Bd.16 S.145; RGSt Bd.12 S.34.
- 21) Löwe-Rosenberg § 53N.25
- 22) Liszt-Schmidt Lehrb.25 Aufl. S.2276/7; Kohlrausch § 53N.9, Löwe-Rosenberg § 53 N.28a.
- 23) Löwe-Rosenberg § N.28b.
- 24) Kohlrausch § 53N.10.
- 25) 医師に関しては „Der Arzt im Strafrecht“ 1939 S.53ff における Eb.Schmidt の詳述。
同じく, A. Ponsold による公刊 Lehrbuch der gerichtlichen Medizin 1950 S.26 への寄稿; Löwe-Rosenberg § 53N.18, 2. Nachtrag 1940 S.37.
- 26) 詳細は Eb.Schmidt a.a.O.S.57ff.
- 27) かかる視点は裁判所の判決において判然理解されなかった。ゆえに, RGSt Bd. 48 S.269, Bd.57 S.63, Bd.66 S.273, Bd.71 S.21 は部分的に誤りでないか疑わしい, これらの判決の詳細な批判 Eb.Schmidt Der Arzt im Strafrecht 1939 S.60ff.; Hartung は Löwe-Rosenberg S.37/8 の補遺 (1940) において, ここに主張された異議に賛同した。反対 KMR § 53 N.5.
- 28) RGSt Bd.57 S.63(65), Bd.71 S.23.
- 29) RGSt Bd.57 S.63(66)
- 30) Kohlrausch § 53N.11, Schwarz § 53N.IB, Löwe-Rosenberg § 53N.20
- 31) Eb.Schmidt a.a.O.S.128.

注（第条54）

- 1) Begründung zum Entwurf eines Bundesbeamtengesetzes S.31; Eb.Schmidt DRiZ 1952 S.37ff. Erbs § 54 I, KMR § 54N.1.
- 2) W. Jellinek Verwaltungsrecht 3. Aufl. Nachtrag 1950 S.28, Ernst Wichert Deutsches Beamtengezet 1952 S.79ff, 148ff.
- 3) Eb.Schmidt a.a.O.S.129.
- 4) 公証人については DBG § 171 Abs 5, BGG Art.138 (Wichert S.385, 395 Anm.8).
- 5) Eb.Schmidt a.a.O. Vorbem.13 zu § § 52-56, さらに Teil 1 S.236 Nr.353. 反対 KMR § 54 N.1, Henkel Grundriß S.107, Erbs § 54IV).
- 6) そのことは § § 8, 9 DBG により, 場合によっては, パイエロン公務員法第20条の如き邦法により明らかである。Brandsteuer § 54 Anm.39, Wichert S.106ff., KMR § 54 N.1,

Schwarz § 54N.1.

- 7) RGSt Bd.13 S.154(155); Bd.44 S.291.
- 8) DV zu § 8 DBG. Richtlinien f.d. Strafverf. Nr.90 (Entwurf Nr.51).
- 9) RGSt Bd.7 S.74, OLG Celle HEST 2 S.79.
- 10) RGSt Bd.57 S.64, Bd.71 S.23.
- 11) RGSt Bd.7 S.74, Bd.44 S.221, Bd.48 S.38(39).
- 12) NJW 1952 S.151.
- 13) Eb.Schmidt Teil I Nr.15.
- 14) Wichert S.360 Anm.1. Wichert a.a.O.によれば, 邦大臣に対しては補助的適用が問題になるにすぎない。邦法上の特別規定とは, たとえば § 11 Hamb. Senatsgesetz, § 4 Schlesw.-Holstein, Landesministertges 等,
- 15) Löwe-Rosenberg § 54N.11.
- 16) Dallinger § 54 Anm. 4.

注 (第55条)

- 1) Eb.Schmidt a.a.O. Vorbem. 6 zu § § 52-56. Löwe-Rosenberg § 55 N.5, Feisenberger § 55 N.2, KMR § 55 N.2 mit Hinweis auf RG in HRR 1927 S.181.
- 2) RGSt Bd.57 S.152(153).
- 3) Löwe-Rosenberg § 55 N.1c, KMR N.1
- 4) Löwe-Rosenberg § 55 N.2b; KMR § 55 N.3, Kohlrausch § 55 N.1
- 5) OwiG § § 35ff
- 6) GVG § 172
- 7) Löwe-Rosenberg § 55 N.3a, Schwarz § 55 N.1B.
- 8) 係属中の手続において述べられた告発に関してであれ, 可能なものとして問題となる別の告発に関してであれ (RGSt Bd.40 S.46).
- 9) StPO § 52 Abs.2 S.2; Eb.Schmidt a.a.O. Erl.26 zu § 52
- 10) Löwe-Rosenberg § 55 N.5.
- 11) Eb.Schmidt a.a.O. S. 131 Erl.6.
- 12) RGSt. Bd.36 S.114(116/7)
- 13) RGSt Bd.36 S.114 は独持の仕方では, 批判的吟味なしに Löwe-Rosenberg § 55 N.4, Feisenberger § 55 N.1 を支持.
- 14) RGSt Bd.10 S.154, OGHSt Bd.2 S.99.
- 15) NJW 1951 S.614
- 16) BGHSt 1 S.39 (=NJW 1951 S.368)

注 (第56条)

- 1) Löwe-Rosenberg § 56 N.3, Eb.Schmidt a.a.O. S.132
- 2) Löwe-Rosenberg § 56 N.1, Eb.Schmidt a.a.O. S.133
- 3) OGHSt Bd.2 S.173. Eb. Schmidt a.a.O
- 4) Löwe-Rosenberg § 56 N.3 a.E, Eb.Schmidt a.a.O
- 5) Löwe-Rosenberg § 56 N.5, Eb.Schmidt a.a.O.

注（第57条乃至第511条の序）

- 1) 1933年より前の問題点について十分な教示を与えるのは Hegler Die Eidesreform, 23. Heft der Tübinger Abhandlungen zum öffentlichen Recht, 1930 ならびに Margrit Boehringer Die Eidesreform in Strafprozeß und Strafrecht 1931. 訴訟法上の宣誓問題が宣誓犯罪の実体法的形成の問題といかに緊密に関連したかについては Hegler S.10ff が説明する; Eb. Schmidt a.a.O S.134.
- 2) § 59 n.F.v.1933. Peters ZStW Bd.68 S.275, Bd.69 S.263/4 (unter Ablehnung der Entscheidung Bd.68 S.321).
- 3) Kohlrausch-Lange StGB 38. Aufl. (1944) S.37 (mit Literatur).
- 4) Eb.Schmidt a.a.O S.134; 反対 OLG Hamm, DRechtspr IV450 Bl.17e, OLG Koblenz HEST Bd.2 S.80(=NJW 1949 S.234, DRechtspr IV450 Bl.15d), OLG Hessen(Kasseler Senat) HEST Bd.3 S.11, Niethammer DRZ1949 S.193, OGHSt Bd.1 S.208
- 5) Drucksache des BTages Nr.530, Anlage 1a S.35/6). しかし私見 (Eb.Schmidt) によれば歓迎されるべきこの規定は、連邦参議院の法律委員会においても、連邦議会においても支持を得なかった。連邦参議院の法律委員会において注目された Voreid の再採用は見合わせられたが証人宣誓の原則に戻った。かくして1933年に作出された法状態は大体において回復された。もちろん再採用された第61条の少なからざる制限を伴って。Dallinger SJZ1950 Sp.741, Nüse JR 1950 S.533/4, Dahs NJW 1950 S.887/8, Kern MDR 1950 S.585.

注（第57条）

- 1) 第337条の意味における法令違反なし。RGSt Bd.40 S.157(158), Bd.56 S.66(67)。文献はかかる見解に賛成した。KMR § 57 N.2, Kohlrausch § 57 N.3, Erbs § 57 N.2, Löwe-Rosenberg § 60 N.3, Gesetz zur Einschränkung usw. § 57 N.2(S.1476). Beling S.22/3.
- 2) § 243 Abs.1 StPO, Dallinger § 243 Anm.2.
- 3) Löwe-Rosenberg § 60 N1 im Anschluß an RG in Jur W 1900 S.709; auch in RGSt Bd. 54 S.279(298); RGSt Bd.54 S.297(298) においても明らかにそのような全体的教示が前提とされている。
- 4) RGSt Bd.54 S.298. Eb.Schmidt S.135 Erl.6

注（第58条）

- 1) RGSt Bd.1 S.366(367:reglementäre Vorschrift),Bd.54 S.297(298),OGHSt Bd.2 S.20/1 (der Sache nach), ferner Beling S.23 („trotz gegenteiliger Sprachform bloße Sollvorschrift“), Löwe Rosenberg § 59 N.1, Schwarz § 58 N.1, Kohlrausch 58 N.1 (der Sache nach), KMR § 58 N.2.
- 2) RGSt Bd.52 S.161
- 3) StPO § 243, Bayer. ObLG N.F. Bd.1 S.50. v. Hippel S.406.
- 4) 参照 der Fall OGHSt Bd.2 S.19 (審理のこれまでの全経過中傍聴席に列席していた人物が、証人尋問の後、証人として尋問されねばならないことが明らかになる)。
- 5) Bayer. ObLG N.F. Bd.1 S.50
- 6) OGHSt Bd.2 S.19(20/1).
- 7) 正当 RGSt Bd.48 S.211.
- 8) Eb. Schmidt a.a.O Erl.6 zu § 58; vgl. Vorbem.16 zum6. Abschnitt.

- 9) vgl. dazu Eb.Schmidt Erl.17 zu § 8/a
- 10) ゆえに RGSt Bd.48 S.201(202) におけるライヒ裁判所の決定は簡約すぎるように思える。
vgl. dem gegenüber RGSt Bd.58 S.80; Eb.Schmidt Erl.7 zu § 58.
- 11) 参照 A.Hellig Psychologie und Vernehmungstechnik bei Tatbestandsermittlungen 4
Aufl. 1951 S.292ff.

注（第59条）

- 1) 同旨 KMR § 59 N.5, 明瞭を欠く Schwarz § 59 N.1B.
- 2) RGSt Bd.70 S.366.
- 3) 上告理由としての無宣誓について BGHSt Bd.1 S.271[274], S.346[348]).
- 4) RGSt Bd.37 S.194(195), Bd.57 S.261(263), Bd.66 S.113(115).
- 5) RGSt Bd.68 S.310(311). Schwarz § 59 N.1.
- 6) 1933年より前の法律に対してもそうである。RGSt Bd.66 S.113[117]); Eb.Schmidt § 61
Erl. 8ff.
- 7) RGSt Bd.6 S.267
- 8) Eb.Schmidt Vorbem. 12 zum6.Abschnitt; これについては RGSt Bd.60 S.407, ここでは、一身に関する供述に対する宣誓の関係の問題と刑法第154条の構成要件の充足の問題とを厳密に区別して、刑事責任に対する関係についての証人の錯誤が何を意味しなければならないかを論ずる。なお KMR § 59N.4.
- 9) 正当 RGSt Bd.66 S.113(116/7), Bd.67 S.287, Schwarz § 59 N.1 A.
- 10) RGSt Bd.22 S.54[55].
- 11) RGSt Bd.22 S.54 の場合におけるごとく
- 12) そのことは KMR § 59N.4 によって十分に留意されていない。Eb.Schmidt Erl.9 zu § 59.
- 13) KMR § 59N.4, Schwarz § 59N.1 A
- 14) 正当 OLG Koblenz NJW 1952 S.278.

注（第60条）

- 1) Eb.Schmidt Erl.1 zu § 60.
- 2) Eb.Schmidt Erl.2 zu § 60.
- 3) Eb.Schmidt Erl.4 zu § 60; RGHSt Bd.1 S.216(=JZ1951 S.652, NJW1951 S.810) はこの問題を肯定した。しかし、同時に Niethammer JZ1951 S.652/3 にあっては鋭い反対があった。KMR § 61N.2, Schwarz § 61N.1, § 64N.1もまた第61条第3号によりなされる判定に対して常にそして最初に裁判所の裁判を要求する。一方 Erbs § 61I, Kern Strafverfahrensrecht S.92; Stock Grundriß S.95 は、この問題において BGH に賛同する。第61条第3号に規定される裁量の可能性は甚だ広く、ここでは裁判長と裁判所の他の成員との一致は第60条第61条第1号、2号の場合に比し極めて容易でない。ゆえに私 (Eb. Schmidt) は第61条第3号に関しては KMR および Schwarz の見解に賛成し度い。
- 4) RG JurW1930 S.760, JurW1931 S.950, RGSt Bd.71 S.21 (23), Bayer. ObLG N. F. Bd.1 S.74(75), der Sach nach auch BGHSt Bd.1 S.216(218/9), Schwarz § 60N.1 B, KMR § 59N.2.
- 5) RGSt Bd.57 S.261(263).
- 6) OGH BritZ NJW1949 S.196(=DRechtspr IV 460 Bl.33d), OLG Freiburg DRZ 1947 S.382, KMR § 59 N.3.

- 7) 同旨 BGHSt Bd.1 S.176(=NJW1951 S.671)
- 8) そのことは BGH, NJW 1952 S.273 により第60条第3号に対し承認された。しかし、第61条第3号に対して認められないのは奇異である (Nachschlagewerk Nr.3 zu § 61 Ziff 3 St Po)。しかしまさに、第61条第3号において、Dahs NJW 1950 S.889 が適切に示した如く、刑事訴訟法第61条第3号の単なる法律的位置の形式的指示は無宣誓の根拠のためには全く不十分なものと見ざるを得ない (Eb.Schmidt)。
- 9) OLG Hamburg HEST Bd.3 S.16, Eb.Schmidt Erl.7,8 zu § 60
- 10) RGSt Bd.44 S.255/6, RGSt Bd.72 S.219[221]; dazu KMR § 60 N.2.
- 11) Niethammer SJZ 1950 Sp.62ff.
- 12) BGSt Bd.72 S.219 は正当。
- 13) RGSt Bd.56 S.94, Bd.72 S.219, von Hippel S.405 Anm.5, KMR § 60 N.2.
- 14) Löwe-Rosenberg § 57 N.8.
- 15) RGSt Bd.22 S.29 は、これに対し、19世紀前に適用されたプロイセン法に基づいて決定した。しかし今日は、BGB § 187Abs.2により同一事が適用されねばならない。Löwe-Rosenberg § 57N.8 もまた BGHSt Bd.35 S.37 を参照する。ここではしかし、BGB § 187Abs.2が実定刑法により年令決定に適用される。
- 16) RGSt Bd.33 S.393.
- 17) 第61条第1号に対する第60条第1号の関係参照; RGSt Bd.70における詳論参照; Eb.Schmidt Erl.3 zu § 61.
- 18) RGSt Bd.33 S.393[394]
- 19) Löwe-Rosenberg § 57N.9.
- 20) RG in GA Bd.50 S.398. RGSt Bd.53 S.137 は正当, ここでは RGSt Bd.34 S.283を引照して単なる記憶薄弱または酩酊では不十分であり、ゆえに、無宣誓の理由は単に „証人が明らかに宣誓の意義について正しい理解を持たない“ という形式では不十分であり、第1号に相当しないとみなされる、と適切に述べられている。
- 21) RGSt Bd.73 S.255.
- 22) v. List-Schmidt Lehrb.26 Aufl. I S.404 Anm.16; RGSt Bd.60 S.285は、いかんながら、以前の判決を放棄して、これの性格を保安処分と解した。これに随うもの LK. Bd. II (6./7. Aufl.) § 161N.3, Schönke § 161 II 2, Mühlmann-Bommel § 161N.1, Olshausen § 161 N.3, Maurach Deutsches Strafrecht Bes.Teil1952 S.512, Niethammer Lehrb. des Bes.Teils 1950 S.80, Brandstetter Kommentar zum Straffreiheitsgesetz 1950 S.58. 刑法第154条 第2項による6ヶ月の考え得べき最低刑罰が宣告された1949年12月31日の連邦大赦に関して偽証罪における恩赦が問題となる。すなわち、かかる最低刑罰と同時に云い渡された宣誓無能力において (Niethammer a.a.O.S.80) それが StraffreihGes 第2条第4項により発せられたか否かの問題が生ずるであろう。私は通説に反してこの問題を肯定する。通説の立場によれば前科表からの偽証罪による刑罰の抹消も宣誓無能力を排除しない (Löwe-Rosenberg § 57N.10a unter Hinweis auf RG in JurW 1930 S.2871); まさにそのことが通説の誤謬を立証するものである (Eb.Schmidt)。
- 23) Eb.Schmidt Erl.13 zu § 60
- 24) Eb.Schmidt Erl.14 zu § 60
- 25) RGSt Bd.64 S.377, Beling a.a.O., Wutscher a.a.O. S.50, Löwe-Rosenberg § 57 N.13a.
- 26) 正当 Beling a.a.O, RGSt Bd.44 S.384/5.

- 27) Eb.Schmidt Erl.15 zu § 60
- 28) RGSt Bd.44 S.172[174], Löwe-Rosenberg § 57N.12a(bb), Kohlrausch § 60N.6, KMR § 60N.5a, Schwarz § 60N.2c, Freisberger § 57N.13, 今日ではまた BGH in NJW 1951 S.324.
- 29) Eb.Schmidt Erl.16 zu § 60
- 30) Löwe-Rosenberg § 57N.12a(bb) (刑法第51条および刑事無責任年令に関する); Wutscher S.37 (St GB § 51,52,54,59; 彼が RGSt Bd.57 S.268 を指示するのは失当である。 けだしここでは、第54条の性格はたんに実体法上検討されるが、ここでの関心事項たる訴訟法上の問題は全然論ぜられないから、KMR § 60N.5a.
- 31) RGSt Bd.44 S.172(174)の場合を参照。
- 32) RGSt Bd.56 S.150/1.
- 33) RGSt Bd.22 S.99
- 34) RGSt Bd.28 S.111
- 35) LK(6./7. Aufl.) § 174N.6a; 異説 RGSt Bd.19 S.391 (Löwe-Rosenberg § 57N.12a[66]により是認)。
- 36) 同旨 Wutscher S.37.
- 37) Kohlrausch § 60N.6, Wutscher S.38, Löwe-Rosenberg § 57N.13c, RGSt Bd.64 S.377 (378), Bd.50 S.158 (Niederschlagung des Verfahrens), Bd.55 S.233(dergl), Bd.22 S.99(100: Verjährung),
- 38) 支配的学説: Löwe-Rosenberg § 57N.12a[cc], Kohlrausch § 60N.6, KMR § 60N.5, Beling S.303, Wutscher S.38ff. Henkel Grundriß S.109, Stock Grundriß S.94, Feisenberger § 57N.12,16, RGSt Bd.64 S.377[378], Bd.74 S.185[188], BGH in NJW 1951 S.324)
- 39) かかる意味において RGSt Bd.44 S.174, Bd.59 S.167, Bd.64 S.378/9, Bd.74 S.188, Bd.77 S.204, OGHSt Bd.2 S.98(100), BGHSt BdIS.360(36304), NJW1951 S.324, NJW 1952, S.1103/4.
- 40) RGSt Bd.42 S.248
- 41) RGSt Bd.42 S.248
- 42) RGSt Bd.77 S.203, この点について RGSt Bd.77 S.203により試みられた制限は説得力を欠く。
- 43) RGSt Bd.64 S.379 (Aは、不注意に自動車を運転し、同様に不注意な運転をしていたBとの衝突によりBの負傷、ならびに自己および同乗者Cの傷害を惹起した。 Bは、 „共犯“ である。
- 44) RGSt Bd.64 S.298.
- 45) RGSt Bd.44 S.255.
- 46) Beling S.303, KMR § 60N.5a, RGSt Bd.70 S.391
- 47) BGHSt Bd.1 S.274.
- 48) RGSt Bd.59 S.166; RGSt Bd.57 S.157
- 49) Nachtrag zu Löwe-Rosenberg(1940) § 60N.5b unter Hinweis auf RG in HRR 1939Nr. 599, Jur W 1936 S.1380
- 50) BGH in NJW 1951 S.324. 庇護の問題については Eb. Schmidt Erl.13,14 zu § 60参照。
- 51) Wutscher S.45.
- 52) RGSt Bd. II S.300.

53) RGSt Bd.17 S.116.

54) RGSt Bd.17 S.121, Bd.27 S.267

注（第61条）

1) RGSt Bd.70 S.22

2) RGSt Bd.70 S.21

3) Eb.Schmidt Erl.4 zu § 61: RGSt Bd.70 S.25 は無宣誓を宣言する裁判に対しては単に第61条第1号を指示するのみでは不十分であり、理由づけは第61条第1号により無宣誓が論及された不十分な一知的であれ、道徳的であれ—青(少)年の発達に基づくということを疑なく認識せしめなければならない、とする。もちろん証拠事実を挙げることは、これを措くことを欲する。しかし „理由づけ“ は規定の要求を本質的に越えない。ちなみに、人格の発達から生ずるのとは別の視点もまた事情によっては青(少)年の無宣誓を得策と思わしめることがあるから、理由については BGHSt Bd.1 S.175(177)に関連して、Eb.Schmidt Erl.7 zu § 60に止まるべきであろう。異説 KMR § 64N.2, Kohlrausch § 64N.1.

4) Eb.Schmidt Erl. 5—8 zu § 22, Löwe-Rosenberg, 2. Nachtrag(1940) § 61N.3b. OLG Braunschweig NJW 1952 S.158 (zu engl!).

5) 同旨 BGH in NJW 1952 S.192, 特に詳しくは BGHSt Bd I S.175.

6) KMR § 61N.5 は本質性 (Wesentlichkeit) と信憑性 (Zuverlässigkeit) とを明確に区別しており、供述がその内容上責任または刑罰問題における判決の基礎として役立つに適するか否かの視点の下に、右供述の客観的内容を目指している。Richter NJW 1952 S.7415 は、BGHの判決に対する厳しい反論において、偽誓を避けるために第61条第5号 (Fassung vom 24. 11. 1933) によってとられた方法がさらに前進するように第61条第3号が解釈されることを望む。それゆえに明白に信憑性のない供述は先ず第一に „本質的でない“ (unwesentlich)ものと思見なければならないと説明する。

7) Eb.Schmidt Erl.15 zu § 61.

8) Eb.Schmidt Erl.19 zu § 61.

注（第62条）

1) OLG Neustadt NJW 1952 S.118.

2) Eb.Schmidt Erl.5 zu § 62

注（第63条）

1) Eb.Schmidt Erl.2. zu § 63; 不当にも裁判所の裁判を要求する KMR § 63N.1 はそのことを見落している。

2) RG の判決は1933年より前の法律に関しては統一を欠いていた。一方 RGSt Bd.15 S.358; 他方 RGSt Bd.42 S.321 および Bd.62 S.142.

3) 同旨 Schwarz § 63N.2 A, KMR § 63N.2

4) Bayer. ObLG NJW 1950 S.311.

注（第64条）

1) OLG Koblenz HEST Bd.2 S.80[81]=SJZ1949 Sp.499[501]; 事情によっては、其の点に弁明の制限があり得る。第64条をたんに秩序規定と解することが正しいか否かは未定。

- 2) Lowe-Rosenberg a.a.O が既に1933年の法律に対し云っている如く, そして今や OLG Koblenz a.a.O が表明するように (Eb.Schmidt Erl.3 zu § 64)

注 (第65条)

- 1) KMR § 65N.2, Kohlrausch § N.2
- 2) Schwarz § 65/6N.IB, KMR § 65N.4
- 3) Löwe-Rosenberg § 66N.4 (altes Recht vor 1933), KMR § 65N.4, Schwarz § 65/6N.IB.
- 4) Löwe-Rosenberg § 66N.4[S.229]
- 5) Löwe-Rosenberg a.a.O., Schwarz § 66N.1 B, KMR § 65N.4.
- 6) Eb.Schmidt Erl.5 zu § 65.
- 7) RGSt Bd.43. S.336(337) は第65条の問題を目指さず第224条の問題を目指し, また明確な境界線を引かない。したがって, 第65条に対して正当な成果をもたらさない。しかし文献においては依然として第65条に対して引用される (Eb.Schmidt).
- 8) RGSt Bd.10 S.156(157/8)
- 9) Löwe-Rosenberg § 66N.6
- 10) KMR § N.3.

注 (第66条)

- 1) 失当 Schwarz § 66aN.1; KMR § 59N.6aE., § 64N.1.
- 2) Eb. Schmidt Erl.2 zu § 66a

注 (第66条a)

- 1) Rosenfeld Reichsstrafprozeß S.75, Kohlrausch § 66bN.1, Beling S.59, Kern Gerichtsverfassungsrecht S.46, 125, Lucas-Dürr S.57 Anm.3, v. Hippel S.222, Löwe-Rosenberg S.1375.
- 2) GVG § 157.
- 3) Schwarz § 66bN.1, Kohlrausch § 66bN.2
- 4) Eb.Schmidt Erl.6 zu § 66b).

注 (第66条c)

- 1) Löwe-Rosenberg § 63N.2, Schwarz § 66cN.1,3, KMR § 66cN2, RGSt Bd.10 S.181(182).
- 2) Löwe-Rosenberg § 62N.1 Schwarz § 66cN.2.
- 3) Eb.Schmidt Eel.6 zu § 66; 実体的効力については Kohlrausch-Lange StGB 39./40. Aufl S.211ff (mit Schrifttum und Rechtsprechung).

注 (第66条d)

- 1) 正当 Löwe-Rosenberg § 64N.7, Schwarz § 66dN.1, KMR § 66dN.2, Eb.Schmidt Erl.2 zu § 66d.
- 2) Eb.Schmidt Erl.3 zu § 66d; 異説 Schwarz § 66dN.1.

注（第66条e）

- 1) Löwe Rosenberg § 65N.2.
- 2) 正当 Schwarz § 66eN.1B, Löwe-Rosenberg § 66e(S.1485)N.3, Kohlrausch § 96 N.1, RGSt Bd.75 S.124, Eb.Schmidt Erl.2 zu § 66e.
- 3) RGSt Bd.52 S.63.
- 4) 正当 RGSt Bd.57 S.342.

注（第67条）

- 1) RGSt Bd.49 S.251[252]
- 2) RGSt Bd.49 S.252.
- 3) RGSt Bd.44 S.352.
- 4) RGSt Bd.12 S.373(376), Bd.64 S.379(380), Bd.67 S.331(333: mit Folgerung für StGB § 155 Ziff.2), Schwarz § 67N.1A, KMR § 67N.Id, Löwe-Rosenberg § 67N.3, Stock Grundriß S.98.
- 5) 正当 Löwe-Rosenberg § 67N.2b, KMR § 67N.1b; Schwarz § 67N.1B, Rosenfeld S.148 Anm.31, RGSt Bd.2 S.234; 異説 Oetker jur W 1930 S.152.
- 6) Eb.Schmidt Erl.4 § 67.
- 7) Löwe-Rosenberg § 67N.2b, Schwarz § 67N.1B, Rosenfeld a.a.O., KMR § 67N.1b, RGSt Bd.18 S.417(418).
- 8) RGSt Bd.64 S.374(380)
- 9) Eb.Schmidt Erl.10 zu § 67.

注（第68条）

- 1) Kohlrausch § 68N.1, Löwe-Rosenberg § 68N.1, KMR § 68N.2, RGSt Bd.40 S.157.
- 2) RGSt Bd.40 S.157(158).
- 3) RGSt Bd.55 S.22.
- 4) その限りにおいて RGSt Bd.45 S.405 は正当。
- 5) KMR § 68N.1a もまたそうである Eb.Schmidt Erl.4 zu § 68.
- 6) RGSt Bd.16 S.214 により教示義務に関して引き出された結語は全く見当違いである (Eb. Schmidt).
- 7) Löwe-Rosenberg § 68N.5.
- 8) RGSt Bd.IS199, Bd.3 S.101

注（第68条a）

- 1) これに関する Kohlrausch § 68aN.2 の疑問は正当でない。しかし、この種の質問は一般にただ不可欠の場合にのみ提起されるべきであろう、とする彼の所見は適切である (Eb. Schmidt).
- 2) Löwe-Rosenberg 2. Nachtrag § 68aN.1 が第2項の意義をたんに前科に関する質問の可能性の制限においてのみならず、裁判所が証人の前科の確認一般に際しても第2項に従わねばならないとする点に見るのは正当である。
- 3) BGHSt Bd.1 S.337(341).
- 4) KMR § 68aN.4, Löwe-Rosenberg § 68a(S.1485)N.1

注（第69条）

- 1) RGSt Bd.62 S.147(148) は正当。しかるに RGSt Bd.6 S.267 が第1項第2段に対してのみ訓示的性格を認めたのは失当。RG は明らかにその他にも動揺した; Löwe-Rosenberg § 69N.3, Kohlrausch 69N.1, KMR § 69N.1, 不明確 Schwarz § 69N.2A, これに反し極めて明確 v.Hippel S.407 Anm.4.
- 2) RGSt Bd.74 S.35; Bd.62 S.147; Eb.Schmidt Teil1Nr355 Anm.168.
- 3) Teil1 a.a.O. および RGSt Bd.37 S.330.
- 4) 同様に Löwe-Rosenberg § 69N.3, これはたんに informatorisch な証人尋問の問題を取り扱う RGSt Bd.66 S.113 を引照するが失当 (Eb.Schmidt Erl.9 zu § 59 参照)
- 5) RGSt Bd.74 S.35(36), KMR § 69N.1.
- 6) Löwe-Rosenberg § 69N.3.
- 7) Eb.Schmidt Erl.7 zu § 69.
- 8) 伝聞証人の詳細については Eb.Schmidt Teil1 Nr.369, insbesondere dort Anm.196 mit Hinweis auf Schrifttum und Rechtsprechung.
- 9) RGSt Bd.35 S.5(7), B d.3 6 S 53 (mit Hinweis auf ältere Rechtsprechung), Löwe-Rosenberg § 69 N.2, KMR § 69N.2 Schwarz § 69N.1B.
- 10) Eb.Schmidt Teil1 Nr.363
- 11) RGSt Bd.20 S.105 は極めて疑義を有するがゆえに, この中に第69条が要求するような „供述“ は見られない (Eb. Schmidt)
- 12) それはすべての法治国家的原則を嘲笑することになるであろう (Eb.Schmidt).

注（第70条）

- 1) Eb.Schmidt Teil1 Nr.31.
- 2) VereinHGes. がずっと以前から, そのようなものとして感ぜられた欠陥を癒やさなかったことは異様なことである (Eb.Schmidt); vgl. für das Recht bis 1950: Löwe-Rosenberg 70 N.3c, Kohlrausch § 70N.7, Beling S.308, v. Hippel S.398 Anm.2., Gerland S.212, Feisenberger § 70N.3; für das Recht seit 1950: KMR § 70N.6, Schwarz § 70N.1., 異説 Erbs § 70 II.
- 3) Eb.Schmidt Erl.4 zu § 70.
- 4) RGSt Bd.25 S.135, Bd.36 S.92, Bd.57 S.29, Bd.59 S.248, Bd.73 S.31(34). 文献上の支配的学説も同旨。
- 5) Löwe-Rosenberg § 70N.3a および通説。
- 6) KMR § 70N.2, Schwarz § 70N.2A, Löwe Rosenberg § 70N.3c.
- 7) Löwe-Rosenberg § 70N.3a
- 8) Löwe-Rosenberg § 70N.5e, KMR § 70N.4, Schwarz § 70N.2Ab, Feisenberger § 70N.6
- 9) すなわち刑法第18条第2項が適用されるべきであるとなす。Birkmeyer S.433 Anm.28.
- 10) Löwe-Rosenberg § 70N.6
- 11) Eb.Schmidt Erl.14 zu § 51
- 12) Löwe-Rosenberg § 70 N.10 はこの問題に関し完全なそして満足のゆく解答を与えた (Eb. Schmidt).
- 13) KMR § 70N.8, Rosenfeld Reichsstrafprozeß S.142 Anm.6, v. Hippel S.398, Beling S.308.
- 14) 同旨 Schwarz § 70N.2A.

注（第71条）

- 1) RGBI 1 S.471; Änderungen durch VO vom 6.10.1931(RGBI 1 S.531)und durch Art.7 des Vereinh Ges vom 12.9.1950. Dazu jetzt Ges. v. 7.8.1952 (BGBI. 1. S.401)
- 2) KMR § 71N.1
- 3) GVG § 165.